J. Part. 191.

Jus Civ.

K. G. Neundorfs

vormals ersten Rathsconsulenten der Reichsstadt Eßlingen

Erörterungen

einiger Materien des Civilrechts

von

praktischer Wichtigkeit.

Tübingen,

bei Jacob Friedrich Heerbrandt.

1807.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Aufgemuntert durch die gute Aufnahme, welche bisher meine Schriften bei dem Publikum gefunden haben, bringe ich demselben abermals eine kleine Gabe dar, die etwas weniger klein wäre, wenn nicht die Klugheit angerathen hätte, ein paar Aufsätze von den Freiheiten und Vorrechten privilegirter Landstädte und über die Heiligkeit der milden Stiftungen, de-

ren Bekanntmachung sich mit dem lichtscheuen Geist der Zeit nicht vertragen würde, — zurükzulegen.

Um Mißdeutungen vorzubeugen, darf ich nicht unbemerkt lassen, daß die Abhandlung von dem Beweis durch einen einzigen Zeugen schon im Sommer 1805. verfertigt worden ist. Der rasche Lauf der Weltbegebenheiten hat seitdem neben andern großen Veränderungen auch den Umsturz der deutschen Reichsverfassung herbeigeführt, und die deutschen Reichsgrundgesetze zur Antiquität gemacht. Da aber meine in dieser Abhandlung aufgestellten Säze sich nicht blos auf die Autorität der Reichsgesetze gründen, sondern auch im vernünftigen Staats-

recht, welches bei allen Staatsumwälzungen und Rechtsveränderungen seine Verbindlichkeit nie verliert, ihren Grund haben, so haben die dafür angeführten Beweise nicht ganz ihre Haltbarkeit verloren. In dem angeführten Umstande liegt auch die Ursache, warum ich von Hrn. Prof. Gmelins Schrift: über die Beweiskraft eines Zeugen ꝛc. 8. Tübingen 1806. und des Hrn. G. R. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit gr. 8. Regensburg 1806. keinen Gebrauch machen konnte. Es ist mir aber angenehm gewesen, meine Einwürfe gegen die Glaubwürdigkeit gewisser Protocolle mit den Lehrsätzen, welche dieser Schriftsteller von allgemein anerkanntem Ver-

dienst S. 258 im zweiten Theil seines gehaltvollen Werks vorgetragen hat, übereinstimmen zu sehen, weil diese unvorbereitete Uebereinstimmung der Meinungen wenigstens doch immer eine starke Vermuthung für die Richtigkeit jener Einwürfe begründen möchte.

Eßlingen den 21ten Februar 1807.

Der Verfasser.

Inhalt.

I. Ueber den Beweis durch einen einzigen Zeugen S. 1.

Sowohl das Vernunft- als positive Gesetze erfordern beym Zeugenbeweis zu einem vollständigen Beweis die übereinstimmende Aussage zweyer Zeugen §. 1.

Doch können Ausnahmen hievon Statt finden §. 2. und sind nicht gegen die h. Schrift §. 3.

Aber solche Ausnahmen müssen ausdrüklich in den Gesetzen gegründet seyn §. 4.

Von den Personen, deren Zeugniß man gewöhnlich volle Beweiskraft beilegt, überhaupt §. 5.

Gründe, welche für die volle Beweiskraft des Zeugnisses fürstl. Personen angeführt werden §. 6.

Prüfung dieser Grunde §. 7. u. 8.

Gesetze, woraus man die volle Beweiskraft des Zeugnisses der Diener des Staats behaupten will §. 9.

Beweis, daß diese Gesetze das nicht beweisen, was sie beweisen sollen §. 10.

Von der vorgeblichen vollen Beweiskraft richterlicher Zeugnisse §. 11.

Prüfung und Widerlegung der dafür angeführten Gründe. §. 12--22.

Von noch andern Personen, deren Zeugniß man gewöhnlich auch volle Beweiskraft zuschreibt §. 23—26.

Von noch andern vorgeblich=privilegirten Zeugnissen §. 27—36.

Von der Wirksamkeit einer einzigen Zeugenaussage §. 38.

Gesetzlich gegründete Ausnahmen von der Regel: daß nur die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen volle Beweiskraft habe §. 39—43.

II. Ueber die Gültigkeit einer allgemeinen Verzichtthuung auf Rechtswohlthaten und Einreden S. 91.

III. Vom verabredeten Proceß S. 139.

§. 1.

Wären alle Menschen geneigt, nur immer der Wahrheit zu huldigen, und hätten alle Menschen auch immer die Fähigkeit, die Wahrheit zu sagen, so könnten sich die Gerichtshöfe bey vorkommenden Rechtsstreitigkeiten mit der Aussage eines einzigen Zeugen begnügen. Weil dieß aber der Fall nicht immer ist, so wird es begreiflich, warum die Gesetze aller cultivirten Staaten und insbesondere das römische und päbstliche Gesetzbuch auch longobardische Lehnrecht*) nur in der übereinstimmenden Aussage zweyer Zeugen einen vollgültigen Beweis gefunden haben. Obschon aus bloßen Vernunftsätzen sich nicht behaupten läßt, daß eben just in dem Munde zweyer Zeugen die Wahrheit beruhe, und obschon nicht abzusehen ist, warum nicht ein einziger Mensch, der alle Eigenschaften eines guten Zeugen an sich hat, vollen Glauben verdienen sollte; so haben doch die Gesetzgeber wohl daran gethan, daß sie zu einem vollgültigen Beweis die übereinstimmende Aussage von zwey untadelhaften Zeugen erfordert haben, weil es gefährlich seyn würde, Recht oder Unrecht von dem Zeugniß eines einzigen Menschen, der sich irren

*) L. 20. D. de Quaestion. L. 12 D. de Testib. L. 9. §. 1. C. de Test. c. 5. 23. 47. X. de Testib. c. 11. de Excess. Prael. II. Feud. 58. §. 2.

kann, oder dem es vielleicht auch an gutem Willen fehlt, die Wahrheit zu sagen, abhängen zu lassen. Wenn zwey Personen eine Sache bezeugen, so legt gewißermaßen eine der andern einen Zaum an, und wenn sie übereinstimmen, so ist die Wahrscheinlichkeit größer, daß auch wirklich Wahrheit vorhanden sey. Auch ist es für einen Zeugen gefährlich, eine Unwahrheit zu sagen, wenn er besorgen muß, daß ein anderer Zeuge seine Aussage als eine Lüge darstellen werde.*) Freylich ist doch auch nicht genug Grund vorhanden, auch die Aussage zweyer Zeugen für eine unstreitige Gewißheit anzunehmen; aber im menschlichen Leben ist es nie, oder doch nur selten möglich die Glaubwürdigkeit in Thatsachen bis zur Evidenz und bis zur mathematischen Gewisheit zu bringen, und man muß sich daher fast immer nur mit Wahrscheinlichkeit begnügen.

Warum verlangen aber die Gesetze zu einem vollkomnen Beweis gewöhnlich nicht mehr als die Aussage von zwey Zeugen, denn wenn die Uebereinstimmung mehrerer die Sache zu einem höhern Grad der Wahrscheinlichkeit bringt, so sollten, könn-

* Heinr. von Cocceji in D. de directa Probatione Negativae c. I. §. II. Est tamen haud parum eertitudinis in plurium testium consensu, si rite interrogentur, non propter numerum, sed propter consensum, quem efficere non potest nisi unica veritas, unica enim veritas semper est veritas, nec variat: at fingi et fingendo ni in infinitum variari potest. T. II. Exerc. Curios. p. 136.

te man einwenden, die Gesetzgeber mit zwey Zeugen nicht zufrieden seyn, sondern zu einem vollständigen Beweis noch mehr als zwey Zeugen erfordern? Hierauf läßt sich antworten; daß es Pflicht des Gesetzgebers ist, den Unterthanen das gesellschaftliche Verkehr nicht zu erschweren, und eben deßwegen ihnen die Beweisführung, so viel möglich, leicht zu machen. Ohne Noth aber würde die Beweisführung erschwert werden, wenn in allen, oder doch in den meisten Fällen zu einem vollkommenen Beweis mehr als zwey Zeugen verlangt würden. Sind doch zwey Zeugen unter der großen Zahl möglicher Kombinationen das Mittel zwischen zu viel und zu wenig, und das Mittel zwischen zu großer Leichtgläubigkeit und zwischen übertriebenen Mißtrauen! Es ist freylich möglich, daß auch zwey Zeugen die Wahrheit nicht bezeugen können oder wollen, aber diese Möglichkeit hat auch bey zwanzig und mehr Zeugen statt. — Die Geschichte ist voll von Beyspielen, daß, zumal in Revolutionszeiten, wenn die Gemüther durch Partheygeist entflammt sind, wenn Zwietracht den Hausfrieden stört, und Freunde und Brüder entzweyet, von zehen, zwanzig und noch mehreren Zeugen falsche Zeugniße abgelegt worden, und dadurch unschuldige Personen Ehre, Vermögen und Leben verloren haben. — *)

---

* Ueber die Frage: warum eben zwey Zeugen zu einem vollständigen Beweis erfordert werden? sind nachzusehen der ältere von Cocceji in der angeführten Streitschrift, Horn in der D. de probatione plena

§. 2.

Warum aber schon zwey Zeugen zu einem vollständigen Beweis nöthig sind, so giebt es doch einige wenige Fälle, wo die Gesetze dem Richter erlauben, sich mit der Aussage eines einzigen Zeugen zu begnügen. Weil aber kein Gesetz gerecht ist, wenn es nicht mit den Principien des Vernunftrechts übereinstimmt, so hat man die Frage aufgeworfen, ob ein Gesetzgeber auch befugt sey, von der Regel: welche zu einem vollständigen Beweis zwey unverwerfliche Zeugen verlangt, Ausnahme zu machen?*) Da das Vernunftrecht nichs bestimmt, wie viel Zeugen nöthig sind, um ein Factum zu beweisen; so läßt sich nicht behaupten, daß ein Gesetzgeber das

per unum testem c. I Ths .12. Christ. Thomas in der D. de Fide juridica c. II. §. 54. T. II. p. 399. Differt. Academ. Montesquieu Esprit des Loix L. 12, chap. 3, von Vattel in den Untersuchungen über das natürliche Recht 8. Mitau, 1771, S. 167. Klein in den Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit St. 3. S. 61. Scheidemantel in den Staatsrecht nach der Vernunft ꝛc. Thl. 3. §. 51. Schott in der unpartheyischen Critik St. 43. S. 241. Filangieri System der Gesetzgebung B. 3. S. 291. der Ansp. Uebersetz. Zachariä Anfangsgründe des philosophischen Privatrechts S. 243. Büchners Frag: von der Anzahl der Zeugen, Göttingen, 1780. hab' ich nicht auftreiben können.

*) Horn in der ang. Disp. c. 1 thes. 20.

Vernunftrecht verletze, wenn er in gewißen Fällen die Aussage eines einzigen Zeugen eben so viel gelten läßt, als sonst nur die von zwey Zeugen gilt. Aber obgleich ein Gesetzgeber bey solchen Ausnahmen dem Vernunftrecht eben nicht entgegen handelt, so läßt sich deßwegen doch nicht behaupten, daß er bey Fortsetzung solcher Ausnahmen von der Regel ganz ungebundene Hände habe; vielmehr, und weil es doch immer gefährlich ist, die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit von der Aussage eines einzigen Zeugen abhängen zu lassen, so ist es unerläßliche Pflicht für jeden Regenten, nur wenige Ausnahmen von dieser Regel und diese (Ausnahmen) nur dann zu machen, wenn sie aus der Natur der Sache und aus dem Endzweck der Gesetze sich rechtfertigen lassen.*)

§. 3.

Weil in der heil. Schrift an mehreren Stellen und z. B. 1. Mos. c. 35. v. 30. 5. Mos. c. 19, v. 15. Math. c. 18, v. 16. Johannes Epist. c. 18, v. 17. geschrieben steht, daß in zweyer Zeugen Munde die Wahrheit beruhen solle, so hat sich Horn**) viele Mühe gegeben, zu zeigen, daß ein Gesetzgeber sich nicht versündige, wenn er von dieser Vorschrift der Bibel abweiche. Da heutzutage,

---

*) S. Erhards Versuch einer Critik eines allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten S. 150.

**) In der ang. Disp. c. 1. ths. 19. 20.

wo man selbst die Möglichkeit einer göttlichen Offenbahrung, als eines Wunders, immer mehr in Anspruch nimmt, niemand vielleicht mehr seyn wird, welcher an die allgemeine Verbindlichkeit, eines göttlichen Positivgesetzes, woran nur zu zweifeln, noch vor hundert Jahren ein Gräuel gewesen wäre, glaubt, so kann ich wohl der Mühe überhoben seyn, erst noch zu beweisen, daß die Bibel keinen Gesetzgeber verhindern kann, die Aussage eines einzigen Zeugen in gewissen Fällen für entscheidend gelten zu lassen.*)

§. 4.

Weil aber nur allein die Uebereinstimmung zweyer unverwerflicher Zeugen in ihren Aussagen bey vorkommenden Rechtsstreitigkeiten einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit bewirkt, und weil es gefährlich ist, das Recht oder Unrecht unter den streitenden Partheyen von der Aussage eines einzigen Zeugen abhängig zu machen; so versündigen

---

*) Wer allenfalls daran noch zweifeln wollte, dem ist die Abh. des Hannesen de non existentia legum divinarum positivarum universalium, welche S. 57. ff. seiner von Meister herausgegebenen kleinen Schriften steht, zu empfehlen. Der seel. Hofaker war vielleicht der letzte aufgeklärte Jurist, welcher noch in den Princip. Jur. Civil. Rom. Germ. T. I. §. 10. Die Existenz eines allgemeinen göttlichen Positivgesetzes in Schutz nahm.

sich, wie von Cocceji*) richtig urtheilt, diejenigen Rechtsgelehrte gröblich an der Menschheit, welche die Zahl der gesetzlich festgesetzten Ausnahmen von der angeführten Regel noch willkührlich vermehren. Dieser Versündigung haben sich die meisten älteren Rechtsgelehrte und insbesondere Horn**) und Pet. Müller***) schuldig gemacht, und unter den Ausnahmen die Regel fast ersäuft. Selbst der berühmte Hert,****) welcher an Talenten und Gelehrsamkeit einem Horn und Müller so sehr überlegen ist, ein Mann, von welchem der große Leibniz eine hohe Meynung hatte, scheint sich nicht genug Zeit genommen zu haben, die Sache gehörig zu prüfen.

Horn und Müller haben jeden Text der römischen und päbstlichen Gesetzsammlungen, wo man nur einigermaßen vermuthen konnte, irgend eine schwache, auf eine Ausnahme von jener Regel sich beziehende Andeutung aufzufinden, auf die Folter

---

*) In der ang. Disp. S. 136. Nimis igitur genio suo indulgere videntur doctores, qui varios casus cumulant, quibus unum testem sufficere, contra omnium jurium decreta, tantasque auctoritates, absque auctoritate, suo libitu, summo cum plurium caussarum dispendio ac periculo fingunt, nullos probant.

**) In der angef. Schrift.

***) In Annot. ad Struvii syntagma Jur. Civ. Exerc. 28. Ths. 36. not. x. p. m. 246. sqq.

****) In Parvem Jur. Germ. L. 1. Par. 60.

gelegt, um eine neue Ausnahme herauszubringen. Und wenn sie in den Gesetzbüchern nichts finden konnten, was ihrer Hypothese günstig war, so nahmen sie zu den Schriften der Glossatoren, zu einem vorgeblichen Gerichtsbrauch und zu andern unlautern Quellen ihre Zuflucht. Freylich geht auch der ältere Cocceji zu weit, wenn er gar keine Ausnahme von jener Regel gelten lassen zu wollen scheint.*) Ich werde mich daher bemühen, zuerst diejenigen Ausnahmen anzuführen, welche in den Gesetzen keinen Grund haben, und alsdann diejenigen anzugeben, welche sich wirklich aus den Gesetzen rechtfertigen lassen.

Weil ich's für einen Fehler an Horns Schrift halte, daß darin fast immer mündliche und schriftliche Zeugniße mit einander verwechselt, und sogar Zeugnisse von Geständnissen und Behauptungen

---

* In der angef. Stelle. Wenn es des Cocceji Meynung ist, daß die Regel, welche zwey Zeugen zu einem vollständigen Beweis erfordert, keine Ausnahmen leide, so gebe ich ihm vollkommen Beyfall, weil es keinen Fall giebt, wo ein einziger Zeuge vollkommen beweist. Sollte aber seine Meynung dahin gehen, daß die Regel: es wird ein ganzer Beweis erfordert, gar keine Ausnahmen leide, so kann ich ihm nicht beytreten. Nie macht zwar ein einziger Zeuge einen vollkomnen Beweis, aber es giebt doch Fälle, wo man sich mit einem halben Beweis und folglich auch mit der Aussage eines einzigen Zeugen begnügt.

nicht genau genug unterschieden werden;*) so muß ich, um Mißverständnissen zuvorzukommen, erklären, daß ich bloß von Zeugnissen im eigentlichen und engern Sinn, nämlich von Zeugnissen, welche in streitigen Rechtssachen mündlich vor Gericht abgelegt werden, handle, und Zeugnisse, welche in Schriften und Urkunden, z. B. in Protokollen, amtlichen Berichten, Attestaten, Kirchenbüchern, Steuerregistern u. dgl. enthalten sind, und deren Beweiskraft nach Grundsätzen, welche bei dem Beweis durch Urkunden statt finden, beurtheilt werden muß, von meinem Plan ausschliesse.

§. 5.

Zu den Personen, deren Zeugniß allein entscheidend seyn soll, rechnet man gewöhnlich **) alle öffentliche, in Eyd und Pflicht stehende Diener des Staats. Horn insbesondere ***) zählt darunter den Pabst, die Kardinäle, Bischöffe, Superintendenten, den Kaiser, die Fürsten, Räthe, Richter, Gerichtsschreiber, Notarien, Rechtsdoktoren, Aerz-

---

*) Auch Schneider, von dem man doch als einem Professor der Philosophie so was nicht vermuthen sollte, ist in der D. de Testimonio Principis Halle 1704. von diesem Fehler nicht ganz frey.

**) S. z. B. Westphal in den Rechtsgutachten des bürgerlichen Rechts nach Ordnung der Pandekten, B. 1. S. 127. und Hr. Prof. Malblanc in Princip. jur. Rom. P. II. Sct. §. 609. p. 620.

***) In der angef. Abh. c. 2.

te, Wundärzte, Hebammen, Soldaten, Amtsdiener und Spione. — Ob der Pabst, die Kardinäle und Bischöffe mit Recht hieher gerechnet werden? will ich dahin gestellt seyn lassen, weil eine Untersuchung dieser Frage im protestantischen Teutschland kein praktisches Interesse hat. Die Frage: ob das Zeugniß der Kaiser, Könige und Fürsten eine vollständige Beweiskraft habe? hat zwar auch kein praktisches Interesse, denn nie oder nur selten wird der Fall vorkommen, daß man bei Gericht in einer Prozeßsache nöthig hat, einen Kaiser, König oder Fürsten als Zeugen zu vernehmen. Weil inzwischen, was selten ist, und noch so viel ungewöhnliche Umstände voraussetzt, es doch geschehen kann, und weil Horn und Schneider sich mit dem Zeugniß der erlauchten Personen beschäftigt haben; so kann auch ich diesen Punkt nicht unberührt lassen. Ich schränke mich jedoch nur auf eigentliche und mündliche Zeugnisse, die ein Fürst selbst mündlich vor Gericht in Justizsachen, und nicht durch seine Landesdicasterien ertheilt, ein, und lasse mich daher auf die von Schneider aufgeworfenen Fragen: ob einen Fürsten zu glauben sey, daß der Krieg, in den er sich eingelassen, gerecht sey? *) daß die Abgaben, welche er von seinen Unterthanen verlangt, zu gemeinen

*) Die Rechtmäßigkeit eines Kriegs sucht bekanntlich jeder kriegführende Theil in den sogenannten Manifesten darzuthun. Ueber die Glaubwürdigkeit solcher Manifeste kann man Schlosser in den kleinen Schriften, B. VI. S. 338. ff. nachsehen.

Nutzen und Wohlfahrt nothwendig seyen; *) daß der oder jener, welchem er ein Amt ertheilet, geschikt und dazu tüchtig sey? **) nicht ein.

§. 6.

Fast alle ältere Rechtsgelehrte***) von einer blinden Abgötterei gegen die Fürsten geleitet, entscheiden diese Frage bejahend. Insbesondere haben Horn und Schneider all ihren Witz aufgeboten, die bejahende Beantwortung dieser Frage mit Gründen zu rechtfertigen. Sie führen folgende Gründe an. Erstens: dem Kaiser, und nach der Parömie: jeder Fürst ist Kaiser in seinem Lande, mußten alle die Vorrechte zustehen, welche der Pabst sich anmaße. Weil nun der Pabst kraft seiner Infallibilität vollkommne Glaubwürdigkeit verlange, so könnten

---

*) Diese Nothwendigkeit wird gewöhnlich in gedruckten öffentlichen Edicten den Unterthanen vor Augen gelegt. Gewöhnlicher Weise schreibt Gibbon in der Geschichte des Verfalls und Untergangs des römischen Reichs c. 16. B. 3. S. 427. der teutschen Uebersetzung darf man freilich nicht hoffen, in der Sprache der öffentlichen Edicte und öffentlichen Erklärungen die wahre Denkungsart, oder die geheimen Bewegungsgründe der Fürsten aufzufinden. Vergl. Aristoteles Politik B. 2. S. 261. der schlosser. Uebers.

**) Augustin von Leyser hat diese Frage sehr freimüthig beantwortet in Spec. 570. med. 2. ad Pandect.

***) Der berühmte Hermann Vulte in seiner Jurispr. Rom. §. 4343. macht jedoch hievon eine Ausnahme.

auch Kaiser, Könige und Fürsten auf dieses nämliche Vorrecht Anspruch machen. (Mich wundert, daß man sich nicht auch auf die Parömie: jeder Fürst ist Pabst in seinem Lande, berufen hat.) — Zweytens: was der Fürst glaube, müßten vermöge der L. 3. C. de Crim. Sacril. auch die Unterthanen glauben. Drittens: weil das Zeugniß eines in Eyd und Pflicht stehenden Beamten, ja eines Notars, vollständig beweise, so müsse dieses auch von den Fürsten wegen Erhabenheit ihrer Fürstenperson um so mehr gelten. Viertens: die Fürsten seyen voll von Gerechtigkeit, es könne deswegen nicht von ihnen vermuthet werden, daß sie etwas unwahres bezeugen würden. Fünftens: bei Fürsten müsse man Vollkommenheit des Verstandes und Willens annehmen, und eben deswegen müsse man ihrem Zeugniß auch unbedingte Glaubwürdigkeit beylegen. Sechstens: die Gesetze, welche zu einem vollkommenen Beweiß die Aussagen zweyer Zungen erfordern, seyen keine unabänderlichen Gesetze, denn es könne ja davon dispensirt werden, auch sey ja ein einziger Zeuge zum Beweis hinlänglich, wenn es beyde Theile auf die Aussage eines einzigen Zeugen wollten lassen ankommen. Siebentens: die Fürsten werden in der heil. Schrift Götter und Stellverter Gottes genannt, und eben darnm hätte auch ihr Zeugniß die höchste Vermuthung der Glaubwürdigkeit für sich.

§. 7.

Daß diese Gründe nichts beweisen, erhellet glaube

ich, aus folgenden Gegengründeu. Erstens: da nach dem Lehrbegriff der Protestanten selbst St. Peters Schlüssel gegen die Möglichkeit eines Irthums nicht schützen, so ists inkonsequent, wenn protestantische Schriftsteller den Fürsten diejenige Untrüglichkeit einräumen, die sie doch so ganz zuverlässig dem Pabst absprechen. Schneider hat diese Inconsequenz eingesehen, und will daher die Unfehlbarkeit der Fürsten eine politische (civilis) Infallibilität genannt wissen. Aber dies heißt doch wohl nur mit Worten spielen, und ist eitel Sophisterey, weil es nicht auf den Namen, sondern auf die Sache ankommt. Schneider legt ja der von ihm erschaffenen politischen Infallibilität die nämliche Wirkung bey, welche der Pabst für seine Untrüglichkeit bey Bestimmung der Glaubenslehren prätendirt. Zweytens: es ist schwer zu begreifen, wie Horn, er, der doch Professor auf einer Universität war, wo Luther schon mehr als hundert Jahre vorher die Denk- und Gewissensfreiheit mit so vielem Eifer und mit einem so glüklichen Erfolg verfochten hatte, solchen Unsinn dem alten Baldus auch nur nachbeten konnte. Hätt' es mit dieser Behauptung seine Richtigkeit, so müßten die Unterthanen, wenn ihr Regent ein Atheist ist, auch Atheisten seyn! Auch paßt diese Propositio male sonans nicht eiumal hieher, weil es nicht darauf ankommt, was ein Zeuge glaubt, sondern was ein Zeuge aussagt. Und weil ein Despot bey aller seiner Allgewalt doch nicht über Gedanken und Meinungen herrschen kann, so wird auch das despotische Gesetz des Kaisers Valentinian nie-

mand hindern, einen Dummkopf oder Schurken, dem ein Fürst ein Amt überträgt, für den zu halten, der er — ist. Drittens: daß die Zeugnisse der Staatsdiener und Notarien für sich allein nicht entscheidend seyen, hoff ich weiter unten darzuthun. Die Erhabenheit der Fürstenperson entscheidet, wie Mascard *), der doch sonst voll von Vorurtheilen ist, selbst anerkennet, bey Zeugnissen nichts. Stand, Rang und Würde haben keinen Einfluß auf die Glaubwürdigkeit der Zeugnisse. **) Der geringste Unterthan kann ein glaubwürdigerer Zeuge seyn, als sein Regent, wenn er bessere Kenntniß von dem hat, was er bezeugt. Viertens: wenn auch die Fürsten voll von Liebe zur Gerechtigkeit sind, und wenn schon die Vermuthung nicht erlaubt ist, daß sie etwas unwahres bezeugen werden, so folgt doch daraus noch nicht, daß ihr Zeugniß volle Beweiskraft haben müsse. Auch von einem jeden andern rechtlichen Zeugen wird Liebe zur Wahrheit präsumirt, deswegen hat aber noch niemand, so viel ich weiß, behauptet, daß wegen dieser präsumirten Wahrheitsliebe sein Zeugniß volle Beweiskraft habe. Fünftens: besäßen die Fürsten wirklich diejenige Vollkommenheit des Verstandes und Willens, welche ihnen Schneider durch eine kühne aber sehr unphilosophische Fic-

*) De probat. concl. 169.

**) S. I. H. Boehmer in D. de collisione probationum cap. 1. §. 9.

tion *) beylegt und welche die Fürsten so ganz über den gemeinen Maaßstab der menschlichen Natur erhebt, so würde freylich ihr Zeugniß mit vollem Recht auf unbedingte Glaubwürdigkeit Anspruch machen können. Aber da die Natur der armen Menschheit zu lieb, die nun einmal nicht ohne Herrscher seyn kann, keine Wunder thut; da sie die Naturgaben ohne Unterscheid des Standes austheilt; da sie es nur selten so fügt, daß hervorstechende Eigenschaften des Geistes und Herzens, denjenigen, welche das Schiksal auserwählt hat, über andere zu herrschen, angeboren werden, und da es durch das vollgültige Zeugniß eines unverwerflichen und ebenbürtigen Zeugen, König Friedrich II. von Preußen **) bestätigt wird, daß Fürsten, wie sie

*) Auch schon Plato, welcher freilich oft genug noch mehr Dichter als Philosoph ist, stellt in seiner Republik die Fiction auf, daß die Natur verschiedene Massen habe, aus welchen sie den Menschen bilde. Zu einigeu dieser Massen habe sie Gold, zu andern Silber, Erz oder Eisen gemischt. Die aus der ersten dieser Massen geformten Menschen seyen allein tüchtig zum regieren. — Plato muß sich des Sprüchworts: daß die Söhne der Helden nie etwas taugen, nicht mehr erinnert haben. — Plato's Schüler Aristoteles in drr Politik Buch VII. c. 13. dachte anders.

**) „Bei einem Fürsten, schrieb der große König im J. 1764. an König Stanislaus August von Polen, „der „für den Thron geboren ist, nimmt man es nicht so

Schneider schildert, nur äußerst seltene Produkte der Natur und der Umstände sind; so kann auch Schneiders Behauptung wie jede andere aus unrichtigen Prämissen gezogene Konklusion nicht statt haben. Könnte man Vollkommenheit des Verstandes und Willens bei allen Fürsten voraussetzen, so wären alle Reichs- und Landstände, auch alle Wahlkapitulationen, welche ihre Macht einschränken sollen; ganz unnöthig. — Schneider selbst scheint keinen sogar starken Glauben an die Infallibilität der Fürsten gehabt zu haben, weil er in Criminalsachen dem fürstlichen Zeugniß die volle Beweiskraft abspricht. Fürsten sind Menschen. — Ist irren und getäuscht werden, etwas von der menschlichen Natur unzertrennliches, so ist es doch wohl keine Versündigung an der Majestät der Fürsten, wenn man glaubt, daß auch sie sich irren können *) — Sechstens: die Gesetze, welche zu einem vollgültigen Beweis die übereinstimmende Aussage zweyer Zeugen verlangen, sind weise Gesetze und beruhen

---

„genau; man ist zufrieden, wenn er die gewöhnlichen „Naturgaben besitzt, ob man gleich berechtigt wäre, „von seiner Erziehung ein mehreres zu fordern und „zu erwarten.“ S. von Mosers politische Wahrheiten, B. 1. S. 133.

*) Schämte sich doch die große Königin Elisabeth von England nicht, das Geständniß, sich geirrt zu haben, laut im Parlement abzulegen. — S. Rainel Histoire philos. et politiq. des Etablissemens et du Commerce des Europeens etc. Tom. 1. Liv. 3. p. 299.

auf so hinreichenden Gründen, daß sie kein Fürst, ohne gegen die allgemeine Wohlfahrt, folglich, ohne gegen seine Pflicht zu handeln, willkührlich aufheben kann. Gesetzt aber auch, ein Fürst wäre berechtigt, diese Gesetze aufzuheben, so könnte er sie doch nicht erst in dem Fall aufheben, wenn sein Zeugniß in einer Rechtssache erfordert würde, weil sonst diese Aufhebung eine zurückwirkende Kraft auf einen schon eingetretenen Fall haben, und durch einen Machtspruch das wohlerworbene Recht der Partheyen, welche verlangen können, daß ihre Streitigkeit nach bisher bestandenen Gesetzen entschieden werde, kränken würde. Die Uebereinkommniß der Partheyen, ihren Prozeß von der Aussage eines einzigen Zeugen abhängen zu lassen, beweißt nichts für die Vollgültigkeit eines fürstlichen Zeugnisses. Es gehört unstreitig zu den Rechten der Partheyen, daß Recht oder Unrecht unter ihnen nicht von der Aussage eines einzigen Zeugen abhänge. Nur denn, wenn sie sich dieses Rechts freywillig begeben, kann man sagen, daß ihnen nicht Unrecht geschehe. — Siebentens: daß die Fürsten in der heil. Schrift Stellvertreter Gottes genannt werden, ist freylich nicht zu läugnen; aber dieß beweißt nichts. *) Sie sind darum

* Hume in den Oeuvres Philosophiques a Londres 1788. 8. schreibt Tom. 17. p. 116. Le nom de roi n'est pas fort respecté; et si quelqu'un s'avisoit aujourd'hui de l'appeller le vicair de Dieu sur la terre, ou de lui conférer

doch nicht allwissend und untrüglich wie die Gottheit, und weil sie dies nicht sind, so kann auch ihr Zeugniß nicht für unfehlbar gelten. Mit der Benennung Stellvertreter Gottes auf Erden, hat man die Fürsten deswegen beehrt, um sie auf eine bescheidene Art daran zu erinnern, daß derjenige, der über andere herrschen will, den Vollkommenheiten der göttlichen Natur nachstreben müsse, seine Seele von ihrem sterblichen und irrdischen Theil reinigen müsse: seine Begierden unterdrücken müsse: seinen Verstand erleuchten müsse: und seine Leidenschaften im Zaum halten müsse. *)

§. 8.

Im Staate ist jeder Unterthan des Gesetzes. — Kein Monarch und kein Kaiser ist von der Verbindlichkeit der Gesetze frei, **) denn auch der Kaiser hat

---

un de ces titres magnifiques dont autrefois le genre humain étoit si ébloui, il ne feroit qu'exciter des éclats de rire.

*) S. Michaelis mosaisches Recht Thl. 1. §. 35. S. 217. Vergl. Kant zum ewigen Frieden S. 25. und Aristoteles bey Gibbon in der Geschichte des Verfalls und Untergangs des römischen Reichs Cap. 23. Not. 48.

**) Seitdem Hr. Hofr. Schnaubert und Hr. Prof. Hagmeister in der Abh. auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden, gr. 8. Rostok 1795. diesen Satz ins hellste Licht gestellt haben, setze ich demselben, ohne weitern Beweis zu führen, als ausgemacht und allgemein anerkannt, voraus.

in der Wahlkapitulation versprochen, die Gesetze zu beobachten. König Friderich der Einzige schämte sich nicht, es laut zu bekennen, daß er den Gesetzen unterworfen sey. *) Ehedem glaubte man zwar wohl, aus einigen Stellen des römischen Rechts erweisen zu können, daß der Fürst an seine Gesetze nicht gebunden sey; allein Cujaz, Stoodt und Gravina haben schon gezeigt **), daß jene Gesetze unrecht verstanden und ausgelegt worden sind. Wenn nun aber der Fürst von der Verbindlichkeit der Gesetze nicht frei ist, so muß er sich auch derjenigen gesezlichen Vorschrift unterwerfen, welche will, daß das Zeugniß eines einzigen Menschen nicht volle Beweiskraft haben solle. In L. 9. C. de Test. verordnet Kaiser Constantin der Große, daß das Zeugniß eines römischen Senators keinen Beweis ausmache. Wenn nun dem so ist, so kann auch selbst des Kaisers Zeugniß nicht volle Glaubwürdigkeit verlangen, weil auch er nach L. 8. C. de Dignit. ein Mitglied des Senats ist.

§. 9.

Die volle Beweiskraft des Zeugnisses aller in Eyd und Pflicht stehender öffentlicher Personen, in Sachen, die in ihrer Amtspflicht begriffen sind, will

*) Kleins Annalen Band 14. S. 318. ff.

**) S. Kleins Annalen Band 8. S. 380. ff.

man aus der Analogie folgender Gesetze begründen *).

L. 21. C. ad L. Cornel. de Falsis siquis decurio testamentum vel codicillos aut aliquam deficientis scripserit voluntatem vel conscribendis publicis privatis que instrumentis praebuerit officium: si falsi quaestio moveatur, decurionatus honore seposito, quaestioni (si ita poposcerit causa) subdatur: sed non statim desinit esse decurio, qui in hujus modi facto fuerit deprehensus. Quantum enim ad municipales pertinet necessitates, decurio permanet: quantum ad rem gestam et veritatem referandam uti decurionatus honore non poterit. Nec vero is qui ante fuerit tabellio, ad eludendam quaestionem super his quae ante scripserit, factus decurio defendi hac poterit dignitate: quoniam scripturae veritas (si res poposcerit) per ipsum debet probari auctorem.

L. 5. §. 13. D. de rebus eorum, qui sub tu-

---

*) Ungern fülle ich einige Seiten mit gesezlichen Stellen an; aber es ist zuweilen doch nothwendig, weil, wie schon Heineccius in der Vorrede zu seinem Pandectencompendium geklagt hat, die meisten Texte in den juristischen (zumal den ältern) Schriften nichts beweisen, und weil man sich hiervon nur durch den Augenschein überzeugen kann, wenn man die Gesetze selbst vor sich liegen hat.

tela vel cura ſunt etc. Ne tamen titulo tenus tutores aere alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuam acceperunt, oportebit Praetorem curare, ut pecunia accepta creditoribus ſolvatur, et de hoc decernere, dareque viatorem, mittere qui ei renunciet, pecuniam iſtam ad hoc converſam propter quod deſiderata eſt alienatio vel obligatio.

L. 5. C. de Exactorib. Tribut. Aparitores quicunque in collationem auri praecepti fuerint, officii ſui adhibere ſervitium: titulorum debita, et collationem ſummas *relationis ſuae fide* et adnotatione perſcribant: ſit que ex officialis inſtructione officium conſcium, quid exactum, quidve perlatum eſſe videatur: ne longinqui itineris diverſitate ſuſceptor abductus, et curiae ſuae deſit, et rei familiaris detrimenta ſuſtineat.

L. 6. D. de cuſtod. et exhibitione reorum. Divus Hadrianus Julio Secundo ita reſcripſit: et alias reſcriptum eſt, non eſſe utique epiſtolis eorum credendum, qui quaſi damnatos ad praeſidem remiſerint. Idem de Irenarchis praeceptum eſt: quia non omnes ex fide bona elogia ſcribere compertum eſt. Sed et caput mandatorum exſtat, quo Divus Pius, cum provinciae Aſiae praeerat, ſub edicto propoſuit, ut Irenar-

chae cum adprehenderint latrones, interrogent eos de ſociis, et receptatoribus, et interrogationes literis incluſas atque obſignatas ad cognitionem magiſtratus mittant. Igitur qui cum elogio mittuntur, ex integro audiendi ſunt, et ſi per literas miſſi fuerint, vel etiam per Irenarchas perducti. Sic et Divus Pius, et alii principes reſcripſerunt, ut etiam de his, qui requirendi adnotati ſunt, non quaſi pro damnatis, ſed quaſi re integra quaeratur, ſi quis erit, qui eum arguat. Et ideo cum quis ἀνάκρισιν, id eſt, quaeſtionem ſeu inquiſitionem, faceret, juberi oportet venire Irenarchen, et, quod ſcribſerit exequi et ſi diligenter ac fideliter hoc fecerit, conlaudandum eum, ſi parum prudenter non exquiſitis argumentis: ſimpliciter denotare irenarchen minus retuliſſe ſed ſi quid maligne interrogaſſe, aut non dicta retuliſſe pro dictis eum compererit: ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud poſtea tale facere moliatur.

§. 10.

Aber alle dieſe Geſetze beweiſen den Satz nicht, zu deſſen Begründung ſie angeführt werden. Die L. 21. C. ad Leg. Corn. de Fals. ſagt weiter nichts aus, als daß ein Decourio, der ſich zur Verfertigung einer letzten Willensverordnung, oder ſonſt einer öffentlichen oder Privaturkunde, welche einer Verfälſchung beſchuldigt worden, hat gebrau=

chen lassen, ohne Rücksicht auf sein Amt zu nehmen, nach Befund der Umstände zwar gefoltert werden, aber sein Amt doch nicht verlieren solle. Auch soll derjenige, welcher vorher, ehe er ein Decourio geworden, ein Tabellio gewesen, hernach einer Untersuchung über das, was er als Tabellio gethan und geschrieben habe, wegen seiner jetzigen Ehrenstelle nicht ausweichen können, weil die Wahrheit des Inhalts der von ihm verfertigten Schrift, wenns die Umstände erfordern, von ihm als Verfasser der Schrift selbst bewiesen werden müsse. Daß man dem Tabellio, — einem Menschen, — mit dem man nicht viel Umstände machte, — den man folterte, — dabei nicht auf sein bloßes Wort hin geglaubt haben werde, sondern daß er sich von der ihm gemachten Beschuldigung durch Vorlegung seines Protokolls und durch andere Beweismittel werde haben reinigen müssen, läßt sich aus der Novelle 44. 47. und 73. leicht darthun. Hätte man ihm auf sein bloßes Wort hin glauben wollen, so hätte es keiner weitläuftigen Untersuchung und keiner Folter bedurft.

Die L 5. §. 13. D. de rebus. eor. qui subtut entscheidet auch nichts für die volle Beweiskraft des Zeugnisses der in Eid und Pflicht stehenden Personen, weil darinn nicht gesagt wird, daß der Bericht des Viator in einer zwischen andern obschwebenden Rechtsstreitigkeit für ein vollgültiges Zeugniß gelten solle.

Die L. 5. C. de Exact. Trib. will weiter nichts, als daß die Steuereinnehmer bei ihren Steuer=

registern Ordnung und Genauigkeit beobachten sollen. Und es fehlt viel, um aus den unterstrichenen Worten des Gesetzes darthun zu können, daß das Zeugniß des Steuerdieners volle Beweiskraft gehabt habe. Vielmehr leuchtet überall ein großes Mißtrauen aus dem ganzen Titel des Codex de susceptoribus, in die Ehrlichkeit dieser zur Einnahme der Steuren angestellten Unterbedienten und Finanzsatelliten hervor.

Endlich beweist auch die L. 6. D. de exhib. et custod. reor. nicht nur nichts für die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses der obrigkeitlichen Personen, sondern sie ist derselben vielmehr entgegen, weil sie verordnet, daß man sich auf den Bericht des Irenarchen (eines Polizeibeamten*) nicht verlassen solle.

§. 11.

Was insbesondere den Richter betrifft, so pflegt man es bey diesem für eine ganz ausgemachte Wahrheit anzunehmen, daß auch sein mündliches Zeugniß volle Beweiskraft habe. Aber ich kann mich nicht überzeugen, daß das richterliche Zeugniß eine Ausnahme von der Regel, nach welcher nur zwey classische Zeugen vollständig beweisen, mache. Man setze den Fall, zwey Parteyen hätten vor Gericht einen Vergleich geschlossen, und von dem Richter den von einen unter ihnen verfaßten Vergleichs-

*) S. Rivinus in der Disp. de elogiis criminum §. 6. p. 11.

aufsatz bestätigen lassen. Hinten nach behauptet einer von den Transigenten, daß der Vergleichsaufsatz weniger enthalte, als wirklich verabredet worden. Der andere Transigent läugnet dieß und es entsteht daher ein Proceß, welcher vor einem andern Gericht verhandelt wird. Weil der schriftliche Aufsatz eben so wenig etwas davon enthält, als das Protocoll, so führt der Transigent, welcher behauptet, daß der Aufsatz weniger enthalte als ausgemacht worden, Beweis, und schlägt den Richter, welcher den Vergleich bestätigt hat, zum Zeugen vor. Läßt sich wohl in diesem Falle behaupten, daß das Zeugniß des Richters einen vollständigen Beweis ausmache? Ich glaube es nicht, weil in dem canonischen Recht dem Zeugniß des Richters, welches sich nicht auf sein Protokoll gründet, die Glaubwürdigkeit abgesprochen wird. Folgende zwey Stellen des canonischen Rechts sind ganz entscheidend:

C. 11. X. de Probat. Quoniam contra falsam assertionem iniqui judicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare; cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati praejudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati, statuimus, ut tam in ordinario judicio, quam extra ordinario, judex semper adhibeat, aut publicam, si habere potest, personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant, videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones,

responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciationes, conclusiones, et caetera, quae occurrerint, competenti ordine conscribenda, loca designando et tempora, et personas. Et omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita, ut originalia penes scriptores remaneant, *ut, si super processu judicis fuerit suborta contentio, per hoc possit veritas declarari, quatenus hoc adhibitio moderamine, sic honestis et discretis deferatur judicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium justitia non laedatur. Judex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter ejus negligentiam quid difficultatis emerserit, per superiorem judicem animadversione debita castigetur: nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in caussa legitimis constiterit documentis.*

C. 28. X. de Testib. et attestat.

Cum a nobis (petitia) et canonica et civilia jura sequentes, districtius inhibemus, ne unius judicis, quantae cunque fuerit auctoritatis, verbo credatur, in caussis, sive super testamentis, sive quibuslibet aliis contractibus quaestio agitetur. *Nec scriptum eorum, nisi testium adminiculo fulciatur,* eam obtineat firmitatem, quin ei possint et debeant duorum vel trium

testium bonorum testimonia praevalere, salva in omnibus sedis apostolicae auctoritate.

Auch haben J. H. Böhmer*) und von Leyser**) diese Sache so bündig ausgeführt, daß man sich billig wundern muß, wie Strube***) Mich. Gottfr. Wernher****) und Müller*****) sich zum Widerspruch haben verleiten lassen können. Weil diese Rechtsgelehrte und insbesondere Strube Gründe für ihre gegenseitige Meynung angeführt haben, so wird es nöthig seyn, den Gehalt dieser Gründe genau zu prüfen. Ein Richter, sagt Strube, der eydlich angelobt hat, die Gerechtigkeit zu handhaben, handle wider seine Pflichten, wenn er fälschlich vorgebe, daß vor ihm als Richter, von den Parteyen etwas geschehen oder nicht geschehen sey. Ein solcher Misbrauch des richterlichen Amts seye nicht zu vermuthen, sondern der Richter verdiene Glauben, wenn schon die Acten das Bezeugte nicht

---

*) In Jur. Eccles. Prot. L. II. Tit. XX. §. 23. mit Böhmern stimmen auch noch mehrere Rechtsgelehrte, z. E. Mascardus de Probat. und Hert in Opusc. Vol. II. T. III. p. m. 233. überein.

**) In Sp. 288. m. 3 et 4 ad Pand. woselbst er die gegenseitige Meynung, eine höchst gefährliche Meynung nennt.

***) In den rechtl. Bedenken Th. II. Bd. 51. u. 52.

****) In Lect. Comment. in Pand. T. II. p. 223.

*****) In Observ. ad Leys. Tom. III. Fasc. I. obs. 501.

enthalten. — Aber wenn dieses Argument etwas beweisen könnte, so würde daraus folgen, daß die Aussage eines jeden andern classischen Zeugen auch volle Glaubwürdigkeit haben müßte, weil auch von diesem vermuthet wird, daß er die Wahrheit gesagt und nicht falsch geschworen haben würde. Man hat um desto mehr Ursache, dieß von einem solchen Zeugen, noch mehr als von dem Richter zu vermuthen, weil bey jenem die Ablegung des Zeugnisses unmittelbar nach Ableistung des Zeugeneydes und zu einer Zeit erfolgt, wo der Eindruk, welchen der Eyd auf das Gemüth des Schwörenden macht, noch neu ist, da hingegen das richterliche Zeugniß oft erst spät und oft erst viele Jahre nach geleisteten Amtseyd ertheilt wird. Nicht selten ist die Formel des Amtseydes nicht einmal auf die Verbindlichkeit: in vorkommenden Streitigkeiten unter den Privaten als Zeuge die Wahrheit zu sagen, gerichtet. Wollte man überhaupt große Würkungen von dem Amtseyd erwarten, so müßte man ihn, wie Kant*) kurz und gut gezeigt hat, aus einem promissorischen in einen assertorischen Eyd umschaffen. Wenn, was bey so vielen Amtseyden der Fall ist, unmögliche Versprechungen beschworen werden müssen, oder wenn man in die Formel des Amtseydes viele ins Kleinliche gehende besondere Vorschriften, welche würklich von niemand beobachtet, sondern oft selbst unter den Augen der Vorgesezten ganz ungeahndet übertreten

*) In der Rechtslehre S. 153.

werden, einrükt, — ists denn ein Wunder, wenn sich bey den Beamten nach und nach alle Achtung für den Eyd verliert, und wenn sie alsdann die Maxime des spartanischen Generals Lysanders: Männer spielen mit Eyden, wie Knaben mit Würfelknochen, auch zu den ihrigen machen? —

§. 12.

Struben will es befremden, daß man dem Zeugniß des Gerichtsdieners über die richtig geschehene Insinuation einer gerichtlichen Ladung willig Glauben zustelle, und doch dem Zeugniß des Richters die Glaubwürdigkeit absprechen wolle. — Aber darin ist eben keine Inkonsequenz. Denn gesezt, das Zeugniß des Gerichtsdieners über die richtig geschehene Insinuation einer gerichtlichen Ladung hätte würklich volle Glaubwürdigkeit, so wäre doch auch immer ein merklicher Unterschied zwischen dem Zeugniß des Gerichtsdieners und dem des Richters, denn das Zeugniß des erstern erfordert eben nicht viel Gedächtnißkraft, — hat keine sehr wichtige Folgen, und wird gleich nach Verrichtung der Handlung welche es bezeugt, abgelegt; — da hingegen das Zeugniß des Richters meistentheils Sachen von Erheblichkeit betrifft, oft wichtige Folgen hat, nicht selten Verhältnisse betrifft, welche verwikelt und aus mehreren Umständen zusammengesezt sind, auch öfters erst nach Ablauf mehrerer Jahre, wenn die Zeit die Eindrüke von dem zu bezeugenden Objekt geschwächt hat, abgelegt wird. —

§. 13.

Aber, wenn man dem richterlichen Protokoll glaubt, warum will man denn, fragt Strube, gegen das mündliche Zeugniß des Richters unglaubig seyn, da das mündliche Zeugniß des Richters doch so gut wie sein schriftliches im Protocoll enthaltenes Zeugniß von einer und derselben Person herrührt? — Hierauf läßt sich antworten, daß ein großer Unterschied zwischen dem schriftlichen und mündlichen richterlichen Zeugniß ist. Wenn ein Richter oder sonst ein Beamter ein Protocoll führt, und Begebenheiten, die sich vor seinem Amt zugetragen haben, und die zu seinem Ressort gehören, schriftlich verzeichnet, so kann man wohl in sein Protocoll ein Zutrauen sezen, weil man zu vermuthen Ursache hat, daß das, was der Richter oder Beamte während des Vorgangs der Handlung in Gegenwart der dabey interessirten Personen niedergeschrieben, das Niedergeschriebene den Interessenten vorgelesen, und das Vorgelesene von ihnen durch ihre Unterschrift hat bestätigen lassen, eine getreue Abbildung von dem vor ihm verhandelten Geschäft enthalte. Aber wie ganz anders verhält sich die Sache bey einem Zeugniß, welches der Richter, oder ein anderer Beamter von einem vor ihm verhandelten Geschäft, eine Zeitlang nachher, ja vielleicht nach mehreren Jahren ablegt? — Muß man alsdann nicht besorgen, daß die Zeit die Wiedererinnerungskräfte bey dem Richter oder Beamten geschwächt haben werde? — Man giebt doch sonst zu, daß ein Protocoll, welches

nicht sogleich während der Verhandlungen niedergeschrieben worden ist, an seiner Glaubwürdigkeit verliere.*) Warum will man denn nicht auch zugeben, daß das Zeugniß des Richters oder des Beamten, nicht auch an seiner Glaubwürdigkeit Abbruch leide, wenn es erst nach Ablauf einiger Jahre, wenn die Zeit die sinnlichen Eindrücke von den Gegenständen geschwächt hat abgelegt worden ist? —

§. 14.

Weil das angeführte C. 11. X. de Probat. und C. 28. X. de Testib. alle Einwendungen des Strube niederschlägt, so nimmt er zu dem gewöhnlichen Deus ex Machina seine Zuflucht, keck und dreist behauptend, diese Verordnungen des canonischen Rechts seyen aufgehoben worden, weil, wenn der Richter zugleich ausdrüklich und namentlich auch als Gerichtsschreiber verpflichtet worden, die Zuziehung eines besondern Gerichtsschreibers oder zweier tüchtigen Zeugen nicht mehr nothwendig seye, und daß ein solches Protocoll alsdann doch vollen Glauben verdiene.*) Daß in vielen Ländern das Amt des Richters und das des Gerichtsschreibers in

---

*) In alleg. lect. Comment. Part. II. p. 125.

**) Mit dieser Strubischen Behauptung stimmen noch mehrere andere Rechtsgelehrte, welche Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Prozesses §. 45. S. 131 anführt, überein.

einer und derselben Person vereinigt ist, weiß ich wohl, ich zweifle aber sehr daran, ob alsdann der Landesherr da, wo diese auf Kostenersparnuß abzwekende Einrichtung statt hat, einem solchen von einem solchen zweierlei Personen in sich vereinigenden Richter geführten Protocoll die nämliche Glaubwürdigkeit beygelegt habe, oder mit Recht habe beylegen können, welche dem in einen Justizkollegium, oder auch nur dem von einem eigenen Actuar geführten Protocoll gebührt. Leyser* behauptet, daß der Actuar bey Gericht eine Hauptperson sey, und giebt zu verstehen, daß die Vereinigung des Richters und Gerichtsschreibers in einer und derselben Person ganz incompatibel sey, weil es die gröste Unbilligkeit seyn würde, das Leben die Ehre und das Vermögen des Bürgers von der Macht und Willkühr eines einzigen Mannes, — der irren kann, — der bestochen worden seyn kann, abhängen zu lassen. Wer es weiß, wie es in der Welt zugeht, und wer bedenkt, daß die so nüzlichen Justizvisitationen in vielen Ländern, nicht eingeführt, oder, wenn sie eingeführt, doch nicht im Gange sind, wird Leysern seinen Beyfall nicht versagen können. Man hält das richterliche Ermessen (Arbitrium) für gefährlich, und zwar mit Recht; aber ists nicht noch viel gefährlicher, wenn man einem Dorfamtmann der zugleich den Gerichtsschreiber vorstellt, dadurch, daß man seinem Protokoll volle Beweißkraft

---

*) In Sp. 71. m. 1 et 2 ad Pand.

beylegt, die Gewalt einräumt, an der Ehre, der Freiheit und dem Vermögen seiner Amtsuntergebenen sich ungestraft zu vergreifen? Ich sage ungestraft, weil das Protocoll, wenn es volle Beweiskraft hat, ein sehr bequemes und sehr kräftiges Werkzeug der Satrapentyranney ist, unter dessen Schutz gewissenlose und übermüthige Beamte namenlose Bedrückungen gegen ihre Amtsuntergebenen ausüben und bey den pflichtwidrigsten Handlungen sich der wohlverdienten Ahndung der Gesetze entziehen können. Wehe dem armen Bauer, der durch Abschlagung einer Bitte oder sonst auf eine Art das Unglück gehabt hat, sich den Haß eines solchen Unterregenten zuzuziehen. — Man denke sich unter so vielen andern den Fall, der sich, wie man weiß, oft genug zuträgt. — Dem Amtmann auf einem Dorfe gefällt eine junge hübsche Bäuerin. Er macht ihr, während ihr Ehemann, um zu arbeiten, ins Feld gegangen ist, einen Besuch. Der Ehemann, welcher bälder von seinen Feldgeschäften zurükkommt, als der Dorfregent vermuthete, sieht, als er die Thür öffnet, seine Frau mit dem Amtmann ringen. Der Ehemann entrüstet über dieses ehebrecherische Attentat, maulschellirt den Amtmann und jagt ihn mit einem Besenstiel zum Hause hinaus. Einige Zeit nachher hat der Ehemann dieser hübschen Bäuerin das Unglück, mit einem zanksüchtigen Nachbar in eine blutige Schlägerei verwikelt zu werden. Der Amtmann, froh, eine Gelegenheit zu haben, sich an dem Bauer, welcher ihn vor kurzer Zeit maulschellirt und zum Hause hinaus gestossen hat, zu

rächen, untersucht diese Schlägerei, und weiß im Protocoll den Zeugenaussagen eine solche Deutung zu geben, daß jener Bauer, ob er schon bey der Schlägerei nicht der angreifende Theil gewesen ist, im Protocoll doch als solcher erscheint. Nach geendigter Untersuchung schikt der Amtmann das Untersuchungsprotocoll an das oberste Landes Justizkollegium mit einem Bericht ein, worinnen er jenen Bauren, als einen unruhigen Kopf und berüchtigten Ruhestörer mit den grellsten Farben schildert. Das oberste Landes Justizkollegium, welches nach dem herkommlichen Schlendrian dem Protocoll und Bericht des Amtmannes vollen Glauben beylegt, verurtheilt den Bauer zu einer vierteljährigen Zuchthausstrafe, und die Rache des Amtmanns — ist befriedigt. —

Dieß nur zur Probe! — Denn welches Papier würde groß genug seyn, alle Gewaltthätigkeiten und Mißhandlungen zu fassen, welche unter dem schönen Dekmantel des Protocolls ausgeübt, der Ahndung der Gesetze entschlüpfen. — —

§. 15.

Um gegen solche Bedrückungen die Person und das Vermögen des Bürgers sicher zu stellen, hat der Pabst Innocenz der Dritte dergleichen Protocollen die Glaubwürdigkeit abgesprochen, und deßwegen und quoniam contra falsam assertionem iniqui judicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, wohlweis-

lich dem Protocoll eine gewisse Form vorgeschrieben, und verordnet, daß, wenn diese vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden, die Schreiberei des Richters keine Glaubwürdigkeit haben solle. Die Nothwendigkeit, das Gericht mit einem besondern Gerichtsschreiber zu besezen, gründet sich nicht bloß auf päbstliche Verordnungen, sondern auch auf römische und deutsche Reichsgesetze.*) Daß die Gegenwart des Actuars zur wesentlichen Form eines jeden Gerichts schlechterdings erforderlich sey, davon sind die sächsischen Juristen so lebhaft überzeugt, daß sie den Mangel desselben für eine unheilbare Nichtigkeit ansehen.**) Strube sieht zwar den Actuar für eine sehr unbedeutende Person an und behauptet, der Richter, der den ganzen Prozeß leite, sey von dem Inhalt des Protocolls und den gerichtlichen Acten besser unterrichtet als der Gerichtsschreiber. Aber dieß ist nicht wahr. Ich habe es öfters mit angesehen, daß, während der Gerichtsschreiber protocollirte, öfters der Richter ab- und zugieng, öfters, um ökonomische Geschäfte zu besorgen, ganze Stunden lang abwesend war, oder in einer Zeitung oder in einem Journal las, oder mit einem oder dem andern Gerichtsbeysizer über die Neuigkeiten des Tages plauderte. Ich erinnere mich eines angesehenen Stadtrichters, welcher während, daß der Gerichts-

*) L. 45. §. 7. D. de Jure Fisci. Novel. 73, c. 5. Nov. 82. pr. Kaiserl. Cam. Ger. Ordn. P. I. Tit. 26. 28. 29. 59. 79. Reichsabschied v. J. 1570. §. 68.

**) Bergeri Oecon. Jur. p. 653. ed. Bach.

schreiber die Vorträge der Parteyen anhörte und im Protocoll verzeichnete, abwesend war, sich im Taubenschlag amüsirte und die Tauben fütterte. Auch ist es nichts seltenes, daß Beamte in vielen Fällen nicht einmal selbst das Protocoll führen, sondern solches gegen die klare Vorschrift der L. 4. C. de Officio ejus, qui vicem alicujus judicis vel praesitis obtinèt durch ihren unbeeydigten Schreiber niederschreiben lassen.

Mag es seyn, daß der Actuar weiter nichts ist als des Richters Schreiber, und daß er nur zu Papier bringt, was vor diesem verhandelt wird. Allein nichts desto weniger ist er, der Actuar eine wichtige Person, (oder soll es wenigstens seyn) denn er soll den Richter controlliren. Er soll zum Besten der Wahrheit sein Amt verrichten. Er soll nichts niederschreiben, was wider die Wahrheit läuft, oder was die wahre Gestalt der Sachen nur einigermaßen ändern könnte. Er ist dazu da, daß er theils die Fehler und Bosheiten des Richters verhindere, theils sie entdeke. Freylich kann auch ein aus mehreren Personen zusammengeseztes Gericht sich irren, und seine Gewalt mißbrauchen. Aber ein solcher Irrthum und ein solcher Mißbrauch der Gewalt ist doch von mehreren Personen nicht so leicht zu besorgen, wie von einer einzigen, und immer ist eine Gewalt, an welcher mehrere Theil nehmen weniger gefährlich als die, welche in einer einzigen Person vereinigt ist.*) Mir ist zwar nicht unbekannt, daß

*) Necker Compte rendu p. 94. Dans toutes les po-

gewöhnlich die Beysitzer bey Untergerichten nur bloße Figuranten sind, die selten den Muth haben, dem vorsitzenden Beamten zu widersprechen. Aber wenn gleich dem so ist, so wird doch der vorsitzende Beamte es nicht so leicht wagen, in Gegenwart von Personen, die ihn beobachten, sich ganz den unerlaubten Neigungen seines Herzens zu überlassen, und ein falsches Protocoll niederzuschreiben.

---

sitions, les considérations d'indérèt ou de vanité altérent quelquefois cette impartialité si necessaire à l'administration publique; *mais lorsque cette administration est collective, les motifs particuliers ont d'autant d'obstacles à vaincre pour se developper; on ne peut alors ni echapper aux regards, ni dedaigner les reproches, ni les repousser par l'auctorité.* Beccaria von Verbrechen und Strafen S. 229. der Hommel. Ausg. Je größer die Anzahl derer ist, welchen die Vollziehung der Gesetze aufgetragen, und die einander neidisch beobachten, also sich selbst vor einander fürchten, desto seltner ist die Feilbietung der Gerechtigkeit, desto weniger sind Mißhandlungen der Gesetze zu befürchten; weil der Vortheil, der auf einen jeden fallen würde, sich verkleinert und die Gefahr der Unternehmung nicht ausgleichet. Wenn der Fürst einer Person zu viel Ansehen einräumet, und den Unterdrückten keine gerechte oder gegründete Klagen nachläßt, so werden die Bürger gewöhnt, nicht sowohl die Gesetze als die Richter zu fürchten, wobey diese gewinnen, hingegen die öffentliche und privat Sicherheit verlieren.

§. 16.

Kein Landesherr kann, ohne die Sicherheit seiner Unterthanen den Satrapismen seiner Beamten preiß zu geben, dem Protocoll, welches der Beamte allein und ohne Beyseyn von Gerichtspersonen geführt hat, volle Beweiskraft beilegen. Ist gleich der erste gesellschaftliche Vertrag, aus welchem man die Rechte und Pflichten der Regenten und Unterthanen herzuleiten pflegt, nur eine juristische Fiction, und eine bloße Idee der Vernunft, so hat doch diese Fiction und diese Idee insofern ihre unbezweifelte practische Realität: daß nämlich jeder Gesetzgeber verbunden ist, seine Gesetze so zu geben, als sie aus dem vereinigten Willen des ganzen Volks haben entspringen können, und jeden Unterthan so anzusehen, als ob er zu einem solchen Willen mit zusammen gestimmt hätte. Dieß ist der zuverlässige Probierstein der Rechtmäßigkeit eines jeden öffentlichen Gesetzes *). Weil von den Unterthanen nicht vermuthet werden kann, daß sie im Originalkontract ihre Freiheit ganz weggeworfen, und auf ihre Sicherheit Verzicht gethan haben werden, so läßt sichs nicht denken, daß der allgemeine Volkswille dem Regenten die Befugniß eingeräumt habe, seinen Beamten eine so fürchterliche Macht einzuräumen.

Denn daß man gegen ein Protocoll Beweis führen darf, ist so viel als nichts, und — wei-

---

*) Kants methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Th. II. Abschn. 1. §. 46. S. 165. ff.

ter nichts als eitel Papperey *). Denn wie schwer es sey, gegen ein Protocoll mit dem Gegenbeweis aufzukommen, ist ja bekannt. — Das wissen auch pflichtvergessene Beamte, die Unrecht wie Wasser trinken und von dem Schweiße der armen Bauern schwelgen, wohl. Darum lachen sie nur darüber, wenn eine ganze Gemeinde von erlittenen zahllosen Bedrückungen endlich ermüdet, gegen sie bei dem Landesherrn mit einer Klage auftritt, weil sie ja schußfest hinter ihrem Protocoll, wie hinter einer ehernen Mauer in stolzer Ruhe sitzen, und mit triumphirender Miene über alle Anklagen spotten können **). Oft trift es sich, daß zur Untersuchung sol-

*) Hommel in Rhapsod. p. 969. Fere non est, quod rarissimum est; et gravis difficultas impossibilitati comparatur.

**) Folgende Stelle aus Marmontel paßt zu gut hieher, als daß sie nicht hier einen Plaz finden sollte: Belisaire p. 107. De tous tems, dit Justinien, il a été permis aux peuples de se plaindre. *Oui*, reprit Belisaire, *pourvu que leurs tyrans veuillent bien les y autoriser.* N'a-t-on pas exigé l'attache des Présidens et des Préfets, pour que les villes et les provinces pussent dénoncer à la Cour les excès dont ils sont eux-mêmes ou les auteurs ou les complices? Et y avoit-il un plus sur moyen d'en assurer l'impunité? Les loix recommandent à leurs dépositaires de s'opposer aux vexations; et ce sont eux qui les exercent. Les loix leur font un devoir religieux; de garantir le foible des injures du fort; et c'est dans leurs mains qu'est la force, avec le droit d'en abuser.

cher Beschwerden ein anderer benachbarter Beamter, als Commissarius ernannt wird, der es in seinem Amtssprengel noch ärger gemacht hat, als derjenige, dessen Vergehungen er untersuchen soll, ein Mensch, der selbst auch keinen Tag vor einer commissarischen Untersuchung sicher ist. — Wenn dieß der Fall ist (und er ist es oft), so läßt sich das Resultat einer solchen Untersuchung ohne Mühe errathen. — Und wers nicht errathen kann, der wisse denn, daß auch bei den gegründetsten Beschwerden der Erfolg einer solchen Untersuchung gemeiniglich der ist, daß nach geendigter Untersuchung und nach abgestatteten Kommissionsbericht der verklagte Beamte für unschuldig erklärt wird, — daß die Kläger ihm Abbitte thun, und die Untersuchungskosten bezahlen müssen — und daß endlich diejenigen Gemeindeglieder, welche die Klage am eifrigsten betrieben haben, als unruhige Köpfe angesehen, und zu einer vier oder sechswöchigen Zuchthaus- oder Festungsstrafe verurtheilt werden. — —

Welch ein Contrast zwischen diesem Verfahren und demjenigen, welches König Friedrich II. von Preussen beobachtete. — „Es ist, war gewöhnlich seine Resolution, wenn er muthwillige Supplikanten wegen fälschlich vorgegebener Justizverzögerung oder Rechtsverweigerung gegen den Antrag des obersten Landescollegiums von der Strafe frei erklärte, meinen Gesinnungen zuwider, dergleichen arme Bauersleute deshalb gleich ins Gefängniß werfen zu lassen, und ob schon sie öfters Unrecht haben, so kann ich

ihnen doch als Landesvater das Gehör nicht versagen." *) —

§. 17.

Der Grund, warum der Pabst Innocentius III. zu der Verordnung bestimmt wurde, einem vom Richter allein geführten Protocoll die Glaubwürdigkeit abzusprechen, war die Furcht, daß ein Richter seine Gewalt zum Schaden der Partheyen mißbrauchen möchte. Sollten unsere Gesetzgeber berechtigt seyn, diese päbstliche Verordnung abzuschaffen, so müßte vorher bewiesen werden können, daß dieser gesetzliche Grund heutzutage nicht mehr statt finde; daß die Richter und Beamte heutzutage einen bescheidenern Gebrauch von der ihnen anvertrauten Gewalt machen; daß die Richter und Beamte unserer Zeit bessere Menschen seyen, als die, welche im dreizehnten Jahrhundert gelebt haben; und daß die Richter und Beamte in unsern luxuriösen Zeiten weniger Bedürfnisse haben, und weniger der Versuchung, ungerecht zu seyn, ausgesezt seyen, als diejenigen Richter und Beamte, welche zur Zeit Pabst Innocentius III. gelebt haben. — Es wird lange anstehen, bis alle diese Voraussetzungen bewiesen werden! —

Es ist wohl nicht zu läugnen, schreibt ein großer Kenner des menschlichen Herzens **), daß der

---

*) S. die Beiträge zu der jurist. Literatur in den preuß. Staaten. Samml. II S. 147.

**) Wieland im neuen teutschen Merkur Jul. 1792.

Hang zu despotisiren, der schwarze Punkt in aller Menschen Herzen ist. Wenn dieses wahr ist, und es möchte schwerlich von Jemand geläugnet werden können, so darf man sich wohl nicht Hofnung machen, daß die Herzen unserer Richter und Beamten von diesem schwarzen Punkt rein seyn werden. — Denn was könnte denn einen Beamten, wenn er nicht von Natur gut ist, bewegen, keinen Mißbrauch von seiner Gewalt zu machen? Vielleicht Furcht vor Gott? Aber die Erfahrung aller Jahrhunderte hat bewiesen, daß die Religion nie im Stande gewesen ist, alle unordentliche Triebe und Leidenschaften zu bezwingen, und insbesondre den Mißbrauch der Macht Einhalt zu thun *). Die Beamten sind ja

---

S. 296. Eine wichtige Auctorität, mit Namen Aristoteles sagte zweitausend Jahre vor Wieland mit folgenden Worten: „Da, wo einer Gewalt hat und un„gebunden nach seiner Willkühr handeln darf, da ist „es schwer, das Böse, das in dem Menschen liegt, „im Zaum zu halten. Aus dieser Ursache ist es „also nöthig, eine Staatsverfassung so einzurich„ten, daß auf der einen Seite die Vornehmen, „aber unter Schranken die sie hindern, Böses zu thun, „regieren, und auf der andern Seite dem Volk seine „Würde nicht zu sehr beschnitten werde." S. Politik B. 6. Absch. 4. S. 299. im 2ten Band der Schloss. Uebers.

*) S. Titius in Jure Priv. Rom, Germ. L. II. c. 17. §. 81. Bayle in den Pensées diverses sur la comete,

heutzutage, bei der immer mehr über Hand nehmenden Lauigkeit gegen religiöse Grundsätze, nicht selten, welche es nicht heel haben, daß sie sich aus der Religion gar nichts machen. Viele Beamte halten zwar noch auf Religion, aber mehrere unter ihnen wähnen, vor dem Beichtstuhl für alle Laster und Erdenschulden quittirt zu werden und einen Paß zum Himmel zu bekommen. — Vielleicht Furcht vor strenger Aufsicht und vor Strafen? Allerdings da, wo es an genauer Aufsicht von oben herab nicht fehlt und wo Amtsverbrechen streng bestraft werden. Aber wie viele Länder giebt es nicht, wo keine Aufsicht über die Beamten ist; oder wo die Aufseher entweder schlafen, oder allen Gewaltthätigkeiten der Beamte durch die Finger sehen, weil sie sich selbst bewußt sind, der Schonung und Nachsicht zu bedürfen? Wie viele Länder giebt es nicht, wo die Strafgesetze einem Spinnengewebe gleichen, das nur Fliegen hält, und Hornisse durchläßt, und wo die Obrigkeiten an dem gemeinen Bürger und Bauer Verbrechen bestrafen, die sie täglich selbst begehen? Vielleicht Furcht vor Schande? — O! dafür wird keinem Beamten bange seyn. Wer in der Welt mit Macht und Ansehen ausgerüstet ist, der verliert an seiner Ehre (wenigstens an der äußern) nichts, wenn von ihm auch noch so viele Schlechtigkeiten und In-

---

§. 165. und im Dictionaire unterm Artikel: Agesilaus und Michaelis Moral Th. 1. S. 119. u. 124.

famien bekannt werden *). Denn wo ist das Land, wo eine obrigkeitliche Person, die ihren Charakter beschimpft, ihre Ansprüche auf Höflichkeit und Achtung verlöre? Wo sie aller Orten eine allgemeine Verachtung fände? Wo man aufhörte, ihr Besuche zu machen und von ihr anzunehmen? und wo ihr an öffentlichen Oertern die Thüre zugeschlossen würde? Nur noch im Militärstande herrscht die schöne Sitte, daß ein Officier, der einen Flecken an seiner Ehre hat, wie ein Aussätziger geflohen wird. —

§. 18.

Die öffentlichen Geschäfte sind mir nicht so fremd, um nicht einzusehen, daß der Regent in diejenigen Männer, welchen er ein öffentliches Amt anvertraut, Zutrauen setzen muß. Aber wie Alles in der Welt, so muß auch dieses Zutrauen gewisse Gränzen haben, und der Fürst, welcher sich so oft in der Wahl seiner Beamten vergreift, so oft betrogen wird, weil er die Personen, mit welchen er erledigte Aemter besetzen will, meistens blos aus denen oft partheiischen Berichten seiner Regierungskollegien kennen lernt *); der Fürst, sag ich, muß bei allen Zu-

*) Schon den Römern war das Sprüchwort: die kleinen Diebe hängt man, vor den großen nimmt man den Huth ab, nicht unbekannt. S. Gellius in Noct. Attic, L. II. c. 18.

*) S. Montaignes Gedanken und Meynungen über allerley Gegenstände B. V. S. 377. der Bod. Uebers.

trauen, so er in seine Beamten setzt, nie vergessen, daß auch die obrigkeitlichen Personen doch immer Menschen bleiben, sich irren können, leidenschaftlich handeln können und ihre Gewalt zum Schaden seiner Unterthanen mißbrauchen können. Er muß nie vergessen, daß es unerläßliche Pflicht eines wahren Landesvaters ist, die armen Landleute gegen den Mißbrauch der Gewalt ihrer Amtleute zu schützen*), weil diese, da sie mitten unter ihren Amtsuntergebenen wohnen, mehr als andere Beamte der Versuchung ausgesetzt sind, denjenigen, von welchen sie durch Schmeicheleien, durch ein demüthiges oder ehrfurchtvolles Wesen oder durch Geschenke bestochen worden sind, auf Kosten anderer, Gefälligkeiten zu erweisen, oder andere, von denen sie beleidigt zu seyn glauben, zu hassen, zu drücken, und zu verfolgen; und weil die Erfahrung lehret, daß diejenigen, die zuvor in einem Stand der Erniedrigung und zuvor selbst unter einer strengen Zucht gelebt haben, wenn sie zu Ehren und Herrschaft gelangen, nach einem alten und wahren Sprüchwort, die stolzesten und übermüthigsten Tyrannen werden; und daß eben deswegen manche Dorfbeamte, wenn sie zum Besitz eines ungewohnten Ansehens kommen,

*) Beccaria von Verbrechen und Strafen S, 24. Es ist aber das Joch einer Menge von kleinern Tyrannen und Unterobrigkeiten desto unerträglicher, je unbeträchtlicher der Abstand des Unterdrückten von dem Unterdrücker ist. Ich halte die Bedrängung von kleinen Despoten weit unseliger, als die Oberherrschaft eines Einzigen.

ihren Stolz und ihren Uebermuth gerade gegen die welche nicht weit unter ihnen stehen, auszulassen pflegen.

Schon oft ist den Fürsten ihre Indolenz bei dem Mißbrauch, welchen die Beamten von der ihnen anvertrauten Gewalt gemacht haben, theuer zu stehen gekommen; und schon oft haben die Bedrückungen der Beamten bürgerliche Unruhen, Empörungen und den Abfall ganzer Staaten zu Folgen gehabt. Die Geschichte aller Zeiten und Länder und insbesondre die der Schweiz beweißt diese Wahrheit. — Ob nun schon die Fürsten bei der gegenwärtigen Lage der Umstände und seitdem die französische Revolution mißlungen ist, von einer Revolution nicht so leicht etwas zu besorgen haben möchten *), so möchte es doch für jeden guten Fürsten, dem mehr daran liegt, geliebt oder gehaßt zu werden **), Pflicht seyn, alles zu vermeiden, was die Liebe seiner Unterthanen schwächen und ihm ihren Haß zuziehen könnte. Und nichts schwächt die Liebe der Unterthanen zu ihrem Fürsten so sehr, und nichts giebt zu den häufigen Auswan-

*) Ob der nun verewigte Kant recht gehabt, wenn er in der Schrift: Streit der Fakultäten S. 147. ff. behauptet hat, daß das Mißlingen der französischen Revolution gegen Wiederholung neuer Versuche nicht sichere, wird die Zeit lehren.

**) Belisaire par Marmontel chap. XI. C'est de ses depositaires de l'autorité, qu'il dépend de la faire aimer ou haïr. C'est donc sur eux que doit se fixer l'oeil vigilant et sévère du Prince. Il n'a pas de plus dangereux ni de plus cruels ennemis: car ils l'exposent à la haine publique; et c'est pour lui le plus grand des maux. Tout ce que le dicte l'orgueil,

derungen der Unterthanen mehr Anlaß, als wenn sie den Satrapismen der Unterregenten preiß gegeben sind. —

Wenn ich die Glaubwürdigkeit der von einem Dorfbeamten allein geführten Protocolle anfechte, und deswegen gewisse Mißbräuche zur Sprache bringe, so bin ich weit davon entfernt, läugnen zu wollen, daß es in dem Stande der Beamten auf dem Lande mehrere sehr rechtschaffene Männer giebt, die sich nie eines Mißbrauchs ihrer Gewalt schuldig machen, und die schon deswegen die größte Achtung verdienen. Auch geschieht es nicht aus Haß gegen den Stand dieser Männer, wenn ich mich gegen die Glaubwürdigkeit ihrer Protocolle auflehne, sondern nur darum geschieht es, weil ich dieses Vorrecht in den Gesetzen nicht gegründet finde. Eine Prüfung dieses angemaßten Vorrechts, muß bei dem herrschenden Geist unsers Zeitalters, welcher die Grundfeste alles dessen aufs neue prüft, was man sonst für ausgemachte Wahrheit gehalten hat, erlaubt seyn. Hat doch selbst der Adelstand in neuern Zeiten sichs gefallen lassen müssen, daß man seine Prärogativen kritisch untersucht hat! —

---

la cupidité, le caprice, ils l'appellent sa volonté. A les entendre, ils ne font qu'obéir en exercant leurs violences; et par eux le Prince est, à son insu, le fléau des peuples qu'il aime. Mon cher Tibere, ajouta le Héros, si un Souverain a le bonheur de vous avoir pour ami dites-lui bien de ne jamais lâcher les rênes de l'autorité; et que tous ceux qui l'exercent sous lui, sentent le frein de sa justice, etc.

§. 19.

Daß die Meinung einiger Rechtslehrer, welche dem vom Richter allein geführten Protocoll volle Beweiskraft beilegen, gegen den gesellschaftlichen Vertrag anstoße, ist schon oben gezeigt worden. Es liegt mir noch ob, darzuthun, daß diese Meinung auch mit den allgemein anerkannten Grundsätzen gesitteter Nationen und den Principien des teutschen Staatsrechts unvereinbar sey.

Eine solche (einzige) Obrigkeit, schreibt Montesquieu *) kann nur in einer despotischen Regierung statt haben. Man sieht aus der römischen Geschichte, wie weit ein einziger Richter den Mißbrauch seiner Gewalt treiben kann. — Wie würde nicht Appius auf seinem Richterstuhle die Gesetze verachtet haben, weil er selbst dasjenige übertrat, welches er gegeben hatte? Dieser Montesquieuschen Lehre scheint der französische Kaiser Napoleon eingedenk gewesen zu seyn, als er ganz neuerlich in einer im Monat Juni d. J. 1805. in Mailand gehaltnen Rede sich für die collectiven Tribunale erklärte, und sich dahin äusserte: „wenn ich den Präfecten einen „Rath für Streitsachen zugegeben, so geschah es, „um mich nach jenem Grundsaz zu rich„ten, welcher fordert, daß die Verwaltung „die Sache eines einzigen, und daß die Ent„scheidung streitiger Gegenstände die „Sache mehrerer sey. —

*) Im Esprit des Loix Liv. VI. ch. 7.

Weil auf der unpartheiischen Verwaltung der Rechtspflege die bürgerliche Freiheit und das Bewußtseyn beruhet, das billigerweise jeder Mensch von seiner Sicherheit haben soll, so findet man in allen Staaten, wo man noch einige Achtung für bürgerliche Freiheit hatte, daß, um alle Mißbräuche zu verhüten, und damit nicht Leben, Ehre, Geld und Güter von der Willkühr eines Einzigen abhangen, jeder Richter verbunden war, bei Instruction und Entscheidung einer Prozeßsache eine gewisse Zahl Beisitzer zu haben. So war es bei den Römern *) und so bei den alten Teutschen **). Auch noch im Mittelalter war es in Teutschland eine unverbrüchliche Regel, daß kein Gericht von einer einzigen Person gehalten werden konnte, eine Regel, welche selbst von den Königen, wenn sie in Person das Richteramt verwalteten, respektirt wurde. ***) Klage, Antwort und Spruch wurden öffentlich unter freiem Himmel vor dem ganzen Volk verhandelt ****), so, daß ein Verklagter um Ehre, Gut und Blut von der Privatfeindschaft eines Richters und von

*) S. Schulting in Comm. Acad. V. IV. p. 105. und Rolle in D. Historia Juris Civilis de Adsessoribus Magistratuum Romanorum. Leipz. 1787.

**) Gebauer in den Vestig. Jur. Germ. Antiquis p. 533. sq.

***) Dreier von dem Nutzen des Gedichts Reinke de Voß, S. 146. ff.

****) S. Joachims Sammlung vermischter Anmerkungen, 8. Halle 1754.

den Vorurtheilen des ganzen Gerichts nichts zu befürchten hatte. Jeder teutsche Mann wurde von seines gleichen gerichtet, folglich waren die Richter dem Beispiel, welches durch sie gegeben wurde, selbst unterworfen. Unsere Vorfahren nahmen es in diesem Punkt so genau, daß sie denjenigen für einen Sklaven hielten, der von eines ungenossen Menschen Ausspruch abhängen mußte. *) Auch wurde ihre bürgerliche Freiheit noch durch einen andern großen Grundsatz gesichert, daß nämlich niemand Richter in einem Land werden konnte, als der darin geboren und von Kindheit an in der Liebe zu demselben auferzogen worden war, welcher durch die Liebe oder den Haß aller seiner Mitbürger, seiner Freunde und Verwandten täglich um sein Thun und Lassen gestraft oder belohnt wurde, und welchem derselben Gegend Wohlfahrt, Freiheiten und Rechte so angelegen und bekannt waren, daß er sie nicht verrathen konnte, ohne sein eignes Verderben. **)

---

*) S. Moser in der osnabrückischen Geschichte, Thl. 1. S. 22 und in den patriotischen Phantasien, Band 1. Num. 51.

**) S. Müllers Geschichte schweizerischer Eidgenossenschaft, 1 Buch Kap. 9. S. 274. Die gewöhnl. Administration der Fremden hat Civilis bei Tacitus Hist. L. IV. c. 14. kurz und gut so geschildert: Neque enim Societatem, ut olim, sed tanquam mancipia haberi; quando legatum, gravi quidem comitatu, et superba cum imperio, venire: tradi se praefectis centurioni-

Jetzt sind nur noch Ruinen dieser altgermanischen Freyheit in einigen teutschen Reichsgesetzen übrig,*) welche den teutschen Reichsständen ernstlich einschärfen, nicht nur ihre Obergerichtshöfe,

busque: *quos ubi spoliis et sanguine expleverint, mutari, exquirique novos sinus, et varia praedandi vocabula.*

*) Reichsdeputationsabschied vom Jahr 1600. §. 15. Dieweil aber hiebey die höchste Nothdurft erfordert, daß in allen Churfürstenthumen, Fürstenthumen, Landen, Herrschaften und Orten, wo die in dem Heil. Reich begriffen, die Unter= Ober- und Hofgericht, in denen Orten es noch nicht geschehen, und noch Mangel und Gebrechen bevor, aufs ehest förderlich und unverhinderlich visitiret, reformirt, mit verständigen Urtheilern besetzt, und in eine gute richtige, der Rechten Reichs= und Cammergerichtsproceß gemäße Ordnung, so viel nach eines jeden Orts Gelegenheit immer ersprießlich seyn wird, gebracht, und darauf festiglich gehalten werde, damit den Unterthanen, da sie rechtloß gestellt worden seyen, Ursachen zu klagen abgeschnitten werden; so wollen wir hiemit allen und jeden Churfürsten, Fürsten und Ständen des Reichs, und allen andern des Reichseingesessenen Zugethanen und Verwandten, wie die Nahmen haben mögen, ernstlich auferlegt und befohlen haben, solche hiebevor und jezo bedachte nützliche Anordnungen ihrer Unter- Ober= und Hofgericht, in denen Orten es noch nicht geschehen, und noch

sondern auch die Untergerichte in ihren Landen mit mehr als einer Person zu besetzen.

Wenn nun nach dem Geist und nach der Absicht der angeführten Reichsgesetze nicht bloß nur die

---

Mangel bevor, zum allerehesten unverhinderlich ihren und des Reichs Unterthanen selbsten, zum besten anzuordnen, und darinnen einigen weitern Aufschub noch Einstellung nicht zu suchen.

Reichsabschied v. J. 1654. §. 108. Wie aber zu verhüten, daß die Appellationes nicht so häufig an unser Kaiserl. und des Heil. Reichs Cammer-Gericht gezogen werden, da haben Wir samt Churfürsten und Ständen der Abwesenden Räthen und Gesandten den Uns von den Beysizern im Jahr 1643. eingeschickten Vorschlägen und Anführungen reiflich nachgedacht, und mit Umständen alles wohl erwogen, wie den litigirenden Partheyen der Weg zu Einbringung etwa unnöthiger Appellationen, vermittelst Vorschützung gewisser Verordnungen, vorgebogen, und nicht, wo nicht zu Unterdrückung, jedoch Verzögerung des Rechtens, zu eines und des andern Zanksüchtigen Vortheil und Belieben der Weg sogar offen stehen und gelassen werden möge; Und ist solchem nach Unser verordneter Will und Meynung, erinnern auch ernstlich hiemit und in Krafft dieses, daß Churfürsten und Ständ dero Gericht mit qualificirten Leuten also bestellen sollen und wollen, damit sich niemand darwider zu beschweren, oder doch um so viel weniger zu beklagen dahero Ursach nehmen, als wären dieselbe im Reich hin- und wieder dermassen übel besetzt, daß man sich

Obergerichtshöfe, sondern auch die Untergerichte aus mehr als einer Person bestehen sollen; so kann auch nach diesem Geist und dieser Absicht der teutschen Reichsgesetze, welche die teutschen Reichsstände vermög ihrer Subordination unter Kaiser und Reich zu respectiren und zu befolgen schuldig sind, das von einem Justizbeamten, sey ihm auch schon die Stelle des Gerichtschreibers zugleich übertragen, geführte Protokoll, nicht auf dasjenige Ansehen und diejenige Glaubwürdigkeit

---

bey ihnen in rechtlichen und andern wichtigen Sachen einer gleichmäßigen Billigkeit jeweilen nicht zu versehen habe, und dahero ans Cammergericht zu appelliren getrungen werde.

§. 109. Wann sich auch aus denen an bemeldtem Unsern Kaiserlichen und des Heil. Reichs Cammer-Gericht durch Appellation, oder sonsten eingebrachten Rechtfertigungen entweder von wegen Ersetzung der Gerichten, oder Administrirung der Justitien einiger Mangel, oder sonsten in facto gnugsam verificirt befinden würde, daß aus des Richters Ungeschicklichkeit, oder Unerfahrenheit, auch Versäumniß, Corruption, oder Boßheit, zu jemands Präjuditz, Nachtheil und Schaden geurtheilt und gesprochen, das Recht versagt, oder verzogen worden wäre, so soll gegen der schuldhaften Obrigkeit sowohl, als deren geordneten Unter-Richtern gebührende Bestraffung fürgenommen, und durch Unsern Kaiserlichen Fiscal zu Einbringung solcher Straff, wie sich gebühret verfahren werden.

Anspruch machen, welche man nur demjenigen Protocoll beylegen kann, welches in einem aus mehreren Personen bestehenden Kollegium geführt worden ist.

Patriotisch gesinnte Männer*) haben in neueren Zeiten ihre Stimme laut gegen die Mißbräuche der Erbgerichtsbarkeit, und zwar mit Recht erhoben, und hauptsächlich daran getadelt, daß die Besitzer der Patrimonialjurisdiction entweder den Kostenaufwand scheuen, oder nicht aufbringen können, welchen ein ordentlich beseztes aus mehr als als einer Person bestehendes Gericht nothwendig macht. — Aber warum schweigt man denn so ganz dazu stille, wenn in fürstlichen Ländern die Dorfbeamte ihren Protocollen die volle Glaubwürdigkeit beygelegt wissen wollen? —

§. 20.

Noch sind einige Einwürfe zu beantworten, welche Wernher und Müller der Leyserschen Meynung entgegen gesezt haben.

Das von Leyser angeführte unten stehende Ge=

*) Herr Justizrath Majer hat sie in seinem System der Staatsregierung §. 57. angeführt. Hr. Kanzley=Rath Weber im 2 und 3ten St. seiner Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden rechnet S. 60. die Patrimonialgerichte zu den Flecken der Verfassung.

setz*) soll nur von Privatzeugen handeln. — Freylich handelt diese Stelle nur von Privatzeugen, denn das römische Recht weiß ja von der von neuern Rechtsgelehrten gemachten Eintheilung der Zeugen in öffentliche — und Privatzeugen — nichts. Weil man für bekannt angenommen hat, daß das Zeugniß öffentlicher Personen auch ein öffentliches Zeugniß sey, so hat man sich auch für berechtigt gehalten, die Zeugen in öffentliche und Privatzeugen einzutheilen.**) Daß aber diese Eintheilung keinen Grund habe, ergiebt sich nicht nur aus allem, was bisher angeführt worden ist, sondern erhellet auch aus eben dieser L. 9. C. de Testibus, welche ganz bestimmt verordnet, daß das Zeugniß eines einzigen Menschen, sey er auch einer der ersten obrigkeitlichen Personen (obrigkeitliche Personen sind doch wohl öffentliche Personen), nichts beweise. Weil es in dem Vordersatz des Gesetzes heißt, daß das Zeug-

---

*) Jurisjurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium; jam dudum arctari praecipimus, et ut honestioribus potius testibus fides adhibeatur. Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo judicum in quacunque caussa facile patiatur admitti. Et *nunc* manifeste sancimus, ut *unius omnino testis responsio non audiatur*, *etiam si praeclarae curiae honore praefulgeat.*

**) S. Nettelbladt in den Syst. Elem. Jurispr. Positiv. Germ. Comm. Gener. §. 128 et 131.

niß eines einzigen Menschen nicht leicht (facile) zugelassen werden soll, so haben einige Rechtslehrer daraus folgern wollen, daß der Beweis durch einen einzigen Zeugen eben nicht so schlechterdings verboten sey. Aber diese Folgerung ist ungegründet, denn offenbar redet Konstantin von einer ältern Verordnung, worin er in gewissen, vielleicht unwichtigen Fällen, einen einzigen Zeugen zugelassen haben mag; die er aber in eben dieser L. 9. wie unwidersprechlich aus den Worten: manifeste sancimus erhellet, aufgehoben und verordnet hat, daß ein einziger Zeuge, stehe er auch in einer noch so großen Würde, nie angehört werden solle. Konstantin richtete sich hierbey nach einem Grundsatz, der immer in Rom geherrscht hatte, denn man war bey den Römern immer und auch noch unter der Regierung der Kaiser, wie aus der unten*) angeführten Stelle ersichtlich ist, so innigst überzeugt, daß ein einziger Zeuge, und wenn er auch ein Mann von allgemein anerkannter Rechtschaffenheit sey und in dem grösten Ansehen unter seinen Mitbürgern stehe, nichts beweise, daß es bey ihnen ein Sprüchwort war**), ein einziger Zeuge beweiset nichts, und wenn dieser Zeuge auch Cato, (ein

*) *Quintilianus* Declam. V. Redeant latones et scipiones, vel alia quæcunque clarissima nomina, unius testimonium nunquam habebitur pro legitimo.

*) Plutarch in der Lebensbeschreibung des jüngern Cato.

Mann, welcher von seinen Mitbürgern verehrt wurde, wie ein Vater von seinen Kindern) wäre.

§. 21.

Das cap. 28. X. de Testib. setze, behaupten Wernher und Müller, einen Ort voraus, wo gewöhnlich (ordinare) mehrere Richter oder Gerichtsbeysitzer bey einem Gericht angestellt seyen. Wollte man, fahren Wernher und Müller fort, des von Leyser Meynung gelten lassen, so würde gegen seine eigne Absicht daraus folgen, daß des Richters Zeugniß gar nichts gelte. — Aber der Pabst setzt keinen Ort voraus, sondern verordnet ganz unbedingt und der Konstantinischen Verordnung in L. 9. C. de Testib. gemäß: ne unius judicis, quantaecunque fuerit auctoritatis, verbo credatur. Leyser ist freylich nur zu schonend gewesen, wenn er dem richterlichen Zeugniß nicht ganz alle Beweiskraft abgesprochen hat, denn daß des Richters Zeugniß, wenn es sich nicht auf Acten und Protocolle gründet, gar nichts gelte, ist eine richtige, aus den Gesetzen gezogene Folgerung, weil die Gesetze nur seinen Acten und Protocollen, nicht aber seinem Zeugniß das Siegel der Glaubwürdigkeit aufgedrückt haben. „Ein Richter, „schreibt Herr Hofr. Gönner*) hatte über die „Aeusserungen zweyer Parteyen kein Protocoll ge-

*) Im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses S. 466. der ersten Ausg.

„führt, sondern ihnen in einem tumultuarischen Ver„fahren nur mündlichen Bescheid gegeben; nun „wollte der Richter darüber, daß der Beklagte die „Schuld einbekannt habe, ein gerichtliches Zeugniß „ausstellen; dieses trug die Zeugen seiner Ungültig„keit an der Stirne; denn wo von gerichtlichen „Handlungen die Rede ist, da müssen die Acten „sprechen, und da entkräftet der Satz: quod non „est in actis non est in mundo alle Zeugnisse, „welche der Richter ausser den Akten ertheilen will.

Nach dem c. 11. X. de Probat. sey es genug, sagt Wernher, daß der Richter eine obrigkeitliche Person beyziehe. Nun sey aber an vielen Orten das Amt des Richters und das des Gerichtschreibers in einer und derselben Person vereinigt, folglich vereinige auch der Richter diejenige öffentliche Person, welche nach dem c 11. X. de Probat. beygezogen werden solle, in sich. Aber diese Erklärung ist unrichtig. Es folgt aus c. 11. X. de Probat. nur so viel, daß der Richter, wenn er keinen Gerichtsschreiber haben kann, die Stelle des Gerichtschreibers durch zwey tüchtige Männer (viros idoneos) soll vertreten lassen dürfen, um denen vor ihm verhandelten Acten Glaubwürdigkeit zu verschaffen. Nie aber wird man aus diesem c. 11. erweisen können, daß das von dem des Gerichtschreibers Stelle zugleich vertretenden Richter geführte Protocoll, wenn nicht zwey tüchtige Männer den Mangel des Gerichtschreibers ersezt haben, eine Beweiskraft habe. Zwar macht, ich läugne es nicht, das Wort: conscribant, einige

Schwierigkeit, weil man nicht weiß, was der Pabst eigentlich damit sagen wollte, ob er, was freylich ungewöhnlich ist, verordnet hat, daß die beyde Viri idonei das Protocoll führen sollen, oder daß einer den andern ablöse, oder ob es seine Meinung gewesen sey, daß nur einer das Protocoll führen, der andere aber die Ausfertigungen besorgen solle. Was nun aber der Pabst mit seinem conscribant gewollt haben mag, so ist doch immer so viel gewiß, daß es seine Absicht gewesen ist, daß die Handlungen des Richters entweder durch einen Actuar oder durch zwey tüchtige Männer controllirt werden sollen, und daß alle gerichtliche, ohne Zuziehung eines eignen besondern Protocollführers oder ohne Zuziehung zweyer tüchtigen Männer geschehene Handlungen keine Glaubwürdigkeit haben sollen.

Daß an vielen Orten das Amt des Richters und die Functionen des Gerichtschreibers in einer und derselben Person vereinigt sind, ist freylich wahr; aber eben so wahr ist es auch, daß nicht alles, was in der Welt geschieht, darum auch recht ist.* Auch der Pabst scheint es wohl gewußt zu haben, daß hie und da so was geschieht, aber eben deßwegen, und weil er es wußte, sezte er sich diesem Mißbrauch entgegen, und verordnete, daß die ge-

*) L. 12 D. de Offic. Praesid. non tamen spectandum est, quid Romae factum est, quam quod fieri debeat. Und die Parömie: Hundert Jahre unrecht, ist nicht eine Stunde recht, bey Hert in Paroemiis Juris Germanici L. 1. Par. 3.

richtlichen Verhandlungen und ihre Beurkundung nie einer einzigen Person anvertraut werden sollen.

§. 22.

Ferner behauptet auch noch Wernher, das schon angeführte c. 28. X. de Testib. begründe die Leyserische Meynung nicht, weil es das richterliche Zeugniß nicht schlechterdings verwerfe, sondern nur dagegen den Gegenbeweiß zulasse. Dieß ist nun zwar allerdings der Sinn dieses päbstlichen Gesetzes, darum wird aber doch die Leyserische Meynung noch nicht entkräftet, weil das c. 28. de Testib., welches sich vom Jahr 1200. datirt, durch das spätere c. 11. X. de Probat. vom J. 1216. welches von dem nämlichen Pabst herrührt, abgeändert und genauer bestimmt worden ist. (Lex posterior derogat priori.)

Der Wittenbergische Rechtsgelehrte Horn*) endlich beruft sich auch noch auf die bekannte Praesumtio pro Magistratu; aber mit dieser so gepriesenen Präsumtion, auf die sich stolze und herrische Magistratspersonen und Beamte so viel herausnehmen, hat es eben, wenn man sie genau betrachtet, nicht — viel auf sich. Hat doch Stryk, der dieser Präsumtion zuerst den rechten Schwung gegeben hat, für sie, in so fern sie von der allgemeinen Praesumtio bonitatis verschieden seyn soll, auch nicht ein einziges Gesetz anzuführen vermocht,

*) In der angef. Disp. c. II. thes. 16.

sondern selbst eingestehen müssen,*) daß sie vor der allgemeinen Vermuthung für das pflichtmäßige nichts voraus habe. Endlich hat auch Stryk selbst so viele Ausnahmen und Einschränkungen angeführt, daß diese ganze Präsumtion höchst schwankend und ungewiß wird.

Im römischen Recht stößt man auf so viele Stellen, welche Mißtrauen gegen Beamte und obrigkeitliche Personen verrathen,**) daß man leicht versucht werden könnte, mit König Friedrich dem Zweiten von Preußen eine Praesumtio contra Magistratum anzunehmen.***) Auch das Verfahren bey Ablegung öffentlicher Rechnungen, wenn man von dem Rechnungssteller eine genaue Bescheinigung verlangt, zeugt eben von keiner großen Wirksamkeit der so gepriesenen Praesumtio pro Magistratu. —

*) In der Disp. de Praesumtione pro Magistratu c. 1. §. 10.

**) Statt vieler will ich nur L. 46. L. 62. pr. D. de Contrah. emt. L. 45. §. 2. de Jur. Fisci L. 3. C. de Commerc. L. 3. C. de Contr. Judic. L. un C. Si Rector Provinc. L. un. C. si quacunque Praed. pot. anführen.

***) S. Garve's Fragmente zur Schilderung des Geistes, des Charakters, und der Regierung Friedrich des Zweiten Thl. I. S. 199. ff. und Thl. II. S. 190. und Zimmermanns Fragmente über Friedrich den Grossen Thl. 2. S. 85.

§. 23.

Wenn ich dem richterlichen Zeugniß und dem Zeugniß anderer öffentlicher Beamten nicht volle Beweiskraft beilegen kann, so kann ich solche auch nicht dem Zeugniß der Superintendenten, des Gerichtsschreibers, des Schiedsrichters und der Notarien einräumen. Superintendenten können auf diesen Vorzug darum nicht Anspruch machen, weil mir kein Gesetz bekannt ist, welches ihrem Zeugniß volle Beweiskraft beilegte. Horn will ihrem Zeugniß in dem Fall vollkommene Glaubwürdigkeit beigelegt wissen, wenn es eine Sache betrifft, die vor ihnen verhandelt worden ist, weil sie eines Theils öffentliche und angesehene Personen wären, und andern Theils auf volle Glaubwürdigkeit eben so gut Anspruch machen könnten, wie der Richter. Aber da Rang nnd Würde bei Zeugnissen nichts entscheiden, da auch den Richtern dieses Vorrecht nicht zugestanden werden kann, und da die Superintendenten nicht einmal Gerichtsbarkeit haben *), so kann ich Horns Meinung nicht beitreten.

Dem Gerichtsschreiber wird ohne Acten nicht geglaubt. Der Schiedsrichter ist als solcher nicht einmal eine öffentliche Person, und von dem Notar ist bekannt, daß er ohne zwei Zeugen keine Glaubwürdigkeit hat *).

---

*) S. Hommels Epitome Sacri Juris S. 108. u. Wiese im Kirchenrecht, B. 3. S. 266. ff.

*) Wernher in den Lectis, Comment. in Pand. Tom. II. p. 130.

Dem Zeugniß des Gerichtsdieners, in so weit es die richtig geschehene Insinuation einer Ladung betrifft, soll nicht nur wegen der schon allegirten L. 5. C. de Exact. Trib. und der L. 5. §. 13. D. de rebus eorum, qui sub tut. sondern auch vermöge eines allgemeinen Gerichtsbrauchs vollkommne Beweiskraft gebühren. Aber daß die angeführte Gesetze das nicht enthalten, was man darinn gefunden haben will, ist schon oben gezeigt worden; und was das allgemeine Gewohnheitsrecht betrift, so hat ein berühmter Rechtsgelehrter *) in neuern Zeiten gründlich genug gezeigt, daß sich höchstens nur zwei allgemeine Gewohnheitsrechte, (worunter aber die angeführte nicht gehört) aufstellen lassen, von welchen man behaupten kann, sie würden in jeder Provinz Teutschlands als geltend anerkannt. Es scheint, daß die Gerichtshöfe von dieser geprießenen Glaubwürdigkeit des Gerichtsdieners selbst nicht sehr überzeugt sind, weil sie, wenn ein rechtlicher Mann gegen den Gerichtsdiener die richtig geschehene Ausrichtung einer Ladung läugnet, nicht leicht die Strafe des Ungehorsams erkennen **).

§. 24.

Wenn man aber vollends gar behauptet, daß Feldhüter und dergleichen Leute vollgültige Zeugen

*) Hr. Justizrath Hufeland in den Beiträgen rc. St. 1. Abh. 1.

**) S. Horn in der angef. Disp. c. 11. thes. 24. und Mascardus de Probat. concl. 1121.

seyen, und daß jemand auf das bloße Angeben solcher Leute hin wegen eines Felddiebstals gestraft werden könne, so geht dieß wahrlich! ins Wilde, denn wenn solche Grundsätze gelten, so könnte kein ehrlicher Mann mehr vor einer Strafe sicher seyn, weil es dazu weiter nichts brauchte, als daß jemand von einem solchen Kerl, welcher oft der niedrigste und verworfenste Mensch ist, und vielleicht für einen Gulden einen falschen Eid schwören würde *), aus Haß, Rache oder Feindschaft einer Felddieberey bezüchtigt werde. Daß es leider! in manchen Ländern, wo man sich gegen den gemeinen Mann, wenn es zumal der Kammer etwas einträgt, alles erlaubt, was sonst unerlaubt ist, geschieht, weiß ich wohl, ich zweifle aber doch sehr daran, ob es auch recht ist, weil nicht alles, was unter dem lieben Monde geschieht, ein rechtliches Herkommen begründen kann. Zwar begreife ich wohl, daß man es bei Felddiebereien mit dem Beweis eben so genau nicht nehmen kann, wie bei wichtigen Verbrechen, aber so sehr darf man doch, wenn man nicht die Unschuld der Gefahr aussetzen will, von den gewöhnlichen Beweisvorschriften nicht abgehen, daß man die Aussage eines solchen Menschen für einen vollgültigen Beweis gelten lasse. Um Waldverwüstungen zu steuern,

---

*) Von solchen Kerlen schreibt das Addidam. III. Cap. 88. Multi sunt, qui pejerare pro nihilo ducunt, in tantum, ut pro unius diei satietate aut pro quolibet parvo pretio conduci possint.

und Felddiebstäle zu verhüten, darf doch wohl der Staat nicht selbst Ungerechtigkeiten begehen. —

§. 25.

Nach Horn *) soll auch das Zeugniß derjenigen Menschen, welche zu allen Zeiten und in allen gesitteten Ländern der Verachtung des edeldenkenden Theils der bürgerlichen Gesellschaft ausgesetzt waren; **) — das Zeugniß der Auflaurer, Angeber und Spione soll — volle Beweiskraft haben. — Obgleich die furchtsame Politik einiger römischen Kaiser sich öfters solcher Auflaurer und Spione bediente, so wagte sie es doch nicht, sich so ganz offenbar an der bürgerlichen Freiheit zu vergreifen, und dem Zeugniß dieser Auswürflinge der menschlichen Gesellschaft gesetzlich eine vollgültige Beweiskraft beizulegen, vielmehr mußten auch die öffentlich autorisirten Spione, wie man aus L. 1. C. de Curiosis ersehen kann, Beweis führen, und sollten, wenn sie als Verläumder bestunden, gestraft werden ***). Wenn man nun schon zu vermuthen Ursache hat,

---

*) In der angef. Diss. c. II. ths. 25.

**) Das Urtheil des Tacitus von diesen Elenden, deren sich eine weise und gute Staatsverwaltung nie bedienen wird, L. IV. c. 30. Annal. Genus hominum publico exitio repertum, et poenis quidem nunquam satis coercitum, ist sehr treffend.

***) S. den ältern Godefroi in seinen Anmerkungen zu der angef. L. I. C. de Curiosis.

daß es mit der Bestrafung nicht sehr ernstlich gemeint gewesen seyn mag, und daß vielleicht zuweilen ein falscher Angeber öffentlich gestraft und heimlich belohnt worden ist; so zeigt doch dieses Gaukelspiel noch immer eine gewisse wenigstens äußerliche Achtung für bürgerliche Freiheit, und kein Rechtsgelehrter der damaligen Zeit, würde es, ohne sich zu prostituiren, und sich dem allgemeinen Haß aller ehrliebenden Menschen preiß zu geben, haben wagen dürfen, zu behaupten, daß das Zeugniß solcher Verworfenen volle Beweiskraft habe. Hab es aber bei den Römern unter der Regierung der Kaiser mit den öffentlich autorisirten Angebern für eine Bewandtniß gehabt, welche es wolle, so ist doch heutzutage so viel gewiß und einer richtigen Theorie des Rechts gemäß, daß das Anbringen auch eines öffentlich aufgestellten Angebers höchstens nur halb beweist *).

§. 26.

Da nach richtigen Grundsätzen der Beweis eines Gewohnheitrechts nicht einmal durch ein gerichtliches Attestat geführt werden kann, wenn solches nicht mit Auszügen aus gerichtlichen Acten belegt ist *);

---

*) S. Kleinschrods Abhandlungen aus dem peinlichen Recht und peinlichen Prozeß Thl. I. S. 283.

**) S. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts rc. Thl. I. S. 409. Kemmerich in Tr. de probatione consuetudinis et observantiae Sct. II. §. 17. p. m. 83. Ludovici in D. de Judice extra acta aliquid afferente §. 56.

so wird es heutzutage Hornen niemand mehr auf sein Wort hinglauben, daß das Zeugniß eines oder mehrerer Doctoren der Rechte, seyen sie auch noch so berühmt (famosi), ein Gewohnheitsrecht vollkommen beweise.

Auch ists ein Irrthum, wenn Horn *) noch weiter auch behauptet, daß das Zeugniß der Aerzte, Wundärzte und Hebammen, in Sachen, welche ihre Kunst betreffen, ein vollgültiges Zeugniß sey. Aerzte, Wundärzte und Hebammen sind keine eigentlichen Zeugen, sondern Gehülfen des Richters. **) Will man sie aber auch für Zeugen ansehen, und ihre Glaubwürdigkeit nach Grundsätzen, welche beym Zeugenbeweis statt finden, beurtheilen, so wird doch immer in den Gesetzen nur dem Zeugniß zweier solcher Kunstverständigen Personen die volle Beweiskraft beigelegt ***). Bei Legalinspectionen sind ein Arzt und ein Wundarzt ****), folglich zwei Personen nothwendig. Und bei Besichtigung einer Gebährerin verlangt selbst das Gesetzbuch Kaiser Karls des V. zwei verpflichtete Hebammen †).

E 2

*) In der angef. Abh. Sct. III. ths. 27.

**) S. Gönners Handbuch des Prozesses, B. 2. Abh. 35.

***) Nettelbladt in Syst. Elem. Jurispr. Posit. Germ. Comm. §. 132.

****) S. Kleins Grundsätze des peinlichen Rechts, §. 269.

†) Halsger. Ord. Art. 35.

Auch die Soldaten sollen nach Horn *) vollgültige Zeugen seyn. Horn führt für diese sonderbare Meinung die L. 3. §. 12. und die L. 5. §. 6. D. de re militari an. Aber in der ersten Stelle ist gar nichts für Horns Meinung enthalten, und das andere Gesetz unterstellt den Fall, wo ein Zeugniß in eigner Sache gilt, und gehört also nicht hieher.

§. 27.

Wegen besonderer Beschaffenheit der Sachen soll es auch in gewissen Fällen an dem Zeugniß einer einzigen Person genügen. Horn und Müller rechnen mehrere Fälle hieher. Einer dieser Fälle soll seyn, daß, wenn es auf Begünstigung der Ehe ankomme, die Aussage eines einzigen Zeugen vollständig beweise. Aber auch nicht ein einziges Gesetz bestätigt diese Meinung. Es fehlt nun freilich nicht an Gesetzen, welche auf Begünstigung der Ehe, wofür auch allerdings die Politik laut genug spricht, hindeuten; aber doch spricht auch nicht ein einziges den Satz aus: daß ein einziger Zeuge in Ehesachen vollkommen beweise. Titius **) verdient daher allen Beifall, wenn er schreibt: „Der Beweis wird „in Matrimonialsachen wie in andern verrichtet. „Daher werden auch zum wenigsten zwei tüchtige

*) In der angef. Disp. Sct. II. ths. 27.

**) In der Probe des geistlichen Rechts, V. B. IV. Hptstk. §. 14.

„Zeugen erfordert, denn es wäre was ungereimtes, „wenn man in einer so bedenklichen Sache einen „Zeugen vor genug halten wollte.“

Wenn ein Minderjähriger wegen eines unrichtigen Geständnisses Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt, so soll nach Horn der Irrthum durch einen einzigen Zeugen bewiesen werden können. Aber auch für diese Ausnahme von der Regel finde ich in unsern Gesetzbüchern nirgends eine gesetzliche Sanction, Wenn man ferner Hornen glauben dörfte, so wäre es auch bei der Actio ad exhibendum an der Aussage eines einzigen Zeugen genug. Aber auch für diese Behauptung finde ich kein Gesetz angeführt, und kann ich sie daher auch nicht für gegründet halten; denn wenn schon bei dieser Klage das Verfahren summarisch ist, so ist man darum doch noch nicht berechtigt, der Aussage eines einzigen Zeugen vollkommne Beweiskraft beizulegen, weil, was die Gesetze als Bedingungen juristischer Wahrheit festsetzen, und was sie über die Grade der Beweiskraft bestimmen, auch im unbestimmten summarischen Prozeß beobachtet werden muß. *).

§. 28.

Auch in Strafsachen soll, wie man behauptet, ein einziger Zeuge volle Glaubwürdigkeit haben,

---

*) S. Gönners juristische Abhandl. Thl. II. Abh. 41. u. sein Handbuch des Prozesses, B. IV, S. 147.

wenn er zum Vortheil des Inculpaten aussagt. Aber so groß auch immer die Begünstigung der Vertheidigung ist, so darf sie doch, wie von Böhmer *) und Meister **) gründlich gezeigt haben, nie so weit gehen, daß man von der Vorschrift der Gesetze abweichen dürfte.

Nicht weniger soll auch in geringfügigen Sachen die Aussage eines einzigen Zeugen entscheidend seyn. — Aber was sind geringfügige Sachen? — Dem Armen ist eine Summe von etlichen Thalern ein wichtiger Gegenstand, welche der Reiche für eine Kleinigkeit ansieht. Der Geizige legt auf einen Gulden einen hohen Werth, den der Verschwender wegwirft u. s. w. Wer soll in den sogenannten Bagatellsachen das Minimum oder Maximum bestimmen, weil das gemeine Recht, so viel ich wenigstens weiß, hievon keine genaue Bestimmung enthält? Ueberläßt man die Bestimmung dem richterlichen Gutbefinden, so haben die Leidenschaften des Richters freien Spielraum, nach Vorurtheil, Laune, Gunst, Mitleiden oder Haß etwas zu einer wichtigen oder geringfügigen Sache zu stempeln, ohne daß man ihn einer Partheilichkeit oder Ungerechtigkeit beschuldigen könnte. So lang es aber an einer

*) in Meditat. ad Const. Crim. Carol. ad Art. 47. §. 7. q. 197,

*) In der vollständigen Einleitung zur peinl. Rechtsgel. 1 B. 1 Absch. 8 Hptstk. §. 59. S. 263. ff.

gesetzlichen Bestimmung in Absicht auf geringfügige Sachen fehlt, muß der Richtrr der bekannten Regel: Justitiae ratio non ex quantitate sed ex suis regulis debet aestimari, gemäß, eine jede Sache um so mehr als wichtig behandeln, und darf in der Aussage eines einzigen Zeugen um so weniger einen vollkommnen Beweis finden, als die Unwichtigkeit des Objects den Richter nicht von allen denen Formalitäten freysprechen kann, welche die Natur des Prozesses und die Vorschrift der Gesetze fordern. Dieses zu vernachlässigen oder die Sache flüchtig zu bearbeiten, weil er sie für unerheblich hält, würde ein größerer Mangel der Justiz seyn, als all ihr Zaudern.

§. 29.

Ferner stellen mehrere Rechtsgelehrte und insbesondere Horn und Müller den Satz auf, daß in allen Sachen, welche schwer zu beweisen seyen, bei Gericht die Aussage eines einzigen Zeugen entscheidend sey. Hauptsächlich rechnet man dahin alte Sachen, und solche Ereignisse, welche in Dunkelheit liegen. Um diesen Satz zu begründen, pflegt man sich auf folgende Gesetze zu berufen.

L. 1. §. fin. D. de Verb. Obl. Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est. Idem per contrarium. Sed

utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium, Poenum forte et Assyrium, vel cujus alterius linguae, dubitari potest? Et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem: ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se, sive per verum interpretem.

L. 5. §. 6. D. de Re milit. A barbaris remissos milites ita restitui oportere Hadrianus rescripsit, si probabunt, se captos evasisse, non transfugisse: sed hoc, licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est, et si bonus miles antea aestimatus fuit, prope est, ut adfirmationi ejus credatur: si remansor, aut negligens suorum, aut segnis, aut extra contubernium agens: non credetur ei.

Novel. 117. c. 11. Quod autem a nobis sancitum est de iis qui in expeditionibus sunt, et in militiis constituti, sive milites sint, sive foederati, sive scholares, sive alii quidam sub aliae quacunque militia armata constituti: melius ordinare perspeximus, et jubemus, quantoscunque annos in expeditione manserint, sustinere eorum uxores: licet nec literas, nec responsum aliquod a suis maritis susceperint. Si qua vero ex hujusmodi mulieribus suum maritum audierit esse mortuum, neque tunc ad alias eam ve-

nire nuptias finimus, nisi prius accesserit mulier aut per se, aut per suos parentes, aut per aliam quancunque personam, ad priores numeri chartularios, in quo hujusmodi maritus militabat, et eos seu tribunum (si tamen adest) interrogaverit, si pro veritate mortuus est ejus conjux: ut *illi sacris evangeliis propositis sub gestis monumentorum deponant, si pro veritate vir mortuus est;* et postquam haec gesta monumentorum confecta mulier pro suo testimonio perceperit, etiam post hoc jubemus manere eam per unius anni spatium, ut etiam post hunc decursum liceat legitimas contrahere nuptias. Si autem praeter hanc observationem mulier praesumpserit ad aliud venire matrimonium: et ipsa, et qui ducit eam uxorem, velut adulteri puniantur. *Si autem qui sub gestis monumentorum cum jure-jurando testati sunt*, convincantur etiam falsum postea deposuisse testimonium: ipsi quidem militia denudati, decem auri librarum poenam compellantur exsolvere illi quem mentiti sunt mortuum esse: ipse vero licentiam habeat, si voluerit, suam uxorem recipere. Si vero scholaris fuerit ille de cujus morte dubitatio est; *a primis scholae et actuario:* si autem foederatus, aboptione ejus memoratam depositionem accipere ejus uxorem: his observandis et circa alios omnes, qui in armata militia referuntur.

Arth. Hodie C. de Repudiis. Hodie quantiscunque annis maritus in expeditione manserit mulier sustinere debet, licet neque literas neque responsum ab eo acceperit. Sed si mortuum audierit, non prius nubat, quam per se vel per alium, eum sub quo militabat, adiens interrogavit, si pro veritate mortuus est: ut apud gesta deponatur cum jurejurando, si mortuus sit: quo subsecuto, post annum nubat. Si vero praeter hoc nupserit: tam ipsa, quam qui eam duxerit, veluti adulteri puniantur. Sed qui juraverit, si falso jurasse convincatur: militia nudatus, decem libras auri solvet illi, quem mortuum fuisse mentitus est: eo licentiam habente, si voluerit, suam uxorem recipere.

§. 30.

Aber abermal beweisen auch diese Gesetze das nicht, was man damit beweisen will. Die L. 1. §. fin. D. de Verb. Oblig. enthält gar nichts hieher gehöriges, wie jeder sehen wird, der gute Augen hat. Die L 5. §. 6. D. de Re mil. entscheidet nichts, denn sie stellt den Fall unter, wo der Angabe eines Soldaten wegen seines vorherigen guten Verhaltens in einer ihn selbst betreffenden Sache geglaubt wurde, und betrifft also kein Zeugniß in einer zwischen andern geführten Rechtsstreitigkeit, Die Novelle 117. c. 11. schreibt vor, was für Beweise eine Soldatenfrau, wann sie

sich wieder verheyrathen will, von dem Tode ihres Mannes beybringen müsse, und erwähnet in den unterstrichenen Worten ausdrücklich mehrere Offiziere als Zeugen. Die Authent. Hodie. C. de Repud. enthält zwar allerdings den Fall, wo ein einziger Zeuge hinreicht; allein da diese Authentike von der angeführten Novelle 117. was diesen Punkt betrifft, abweicht, so versteht sich ihre Ungültigkeit von selbst.*) Endlich beruft sich Hommel**) auch auf den Gerichtsbrauch; aber das Vorurtheil und der Glaube an den Gerichtsbrauch, dieses Idol, welches man nur zu lange angebetet hatte, hat endlich aufgehört, und es wird jetzt allgemein anerkannt, daß der Gerichtsbrauch etwas nicht rechtfertigen kann, was an sich keinen rechtlichen Grund hat.

§. 31.

Sicher gehört also auch diese Ausnahme unter die ungegründeten Ausnahmen von der Regel, nach welcher nur zwey Zeugen einen vollgültigen Beweis liefern. Es ist auch kein Grund vorhanden, wegen Schwierigkeit der Beweisführung, wegen Länge der Zeit und wegen Dunkelheit der Sache von der

---

*) S. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts S. 45.

**) In Rhaps. obs. 656.

Vorschrift der Gesetze, welche zu einem vollständigen Beweiß das Zeugniß zweyer Personen verlangen, eine Ausnahme zu machen.*) Wollte man die Entschuldigung gelten lassen, daß man nicht mehr als einen Zeugen hätte auftreiben können, so würde es einen ungerechten Kläger oder Verklagten nie an einem Vorwand fehlen, der gesetzlichen Vorschrift' welche zu einem gültigen Beweis die Aussage zweyer Zeugen verlangt, auszuweichen und die ungerechteste Sache durchzusetzen. Im Staat kann vom Richter kein Recht ohne Beweis anerkannt werden. Kann jemand vor Gericht sein Recht nicht gehörig beweisen, so ist's ein Unglück für ihn, aber es geschieht ihm doch kein Unrecht, weil der Richter nicht allwissend ist und ohne Beweis nicht wissen kann, ob die Ansprüche, welche jemand an den andern macht, oder ob die Einreden, womit der Verklagte die an ihn gemachten Anforderungen entkräften will, wahr oder nur erdichtet sind. Es muß daher Jedem darum zu thun seyn, keine Forderung an dem andern zu machen, die er durch Beweis nicht auch rechtfertigen kann. Freylich wird sich manchmal der Fall ereignen, daß diesem oder jenem die Vorschrift der Gesetze, welche zu einem rechtsbeständigen Beweis die Aussage zweyer guten Zeugen verlangen, hart aufliegt, (ob schon dieser Fall wegen Gebrauch der Eydesleistungen nicht

---

*) Schon Gundling in seinem Jus Naturae ac Gentium. c. XV. §. 16. hat einen ähnlichen Irrthum beym Zeugenbeweis gerügt.

oft vorkommen wird) und daß einer wegen Mangel der Beweismittel seine sonst wirklich in der Wahrheit gegründeten Ansprüche aufgeben und sein Recht dem Unrecht gewonnen geben muß. Aber doch ist es besser, daß ein einzelner Mensch leide, als daß alles in Verwirrung gerathe. Es giebt Regeln, bey welchen die Allgemeinheit und die Unverletzlichkeit für die bürgerliche Gesellschaft wichtiger ist, als der Nutzen oder Schaden, welcher in irgend einem besondern Fall aus einer Abweichung von der Regel für ein einzelnes Individuum herauskommen kann. Wenn ein Gesetzgeber die Beweisführung zu sehr erleichtern wolle, so würde Unsicherheit des Eigenthums entstehen, und Ungerechtigkeiten, Betrügereyen und Räncken würde Thür und Thor geöffnet werden.

§. 32.

Es ist dem ganzen Geist des römischen Rechts entgegen, wenn man darum, weil etwas schwer zu beweisen ist, etwas von der sonstigen Strenge der gesetzlichen Beweisvorschriften nachlassen will. Giebt es je einen Fall, wo man denken könnte, daß es der Billigkeit gemäß wäre, einen Nachlaß von der sonstigen strengen Beweisforderung zu bewilligen, so ist es gewiß der, wenn jemand durch einen Unglücksfall z. B. in einer Feuersbrunst seine Urkunden verloren hat. Und doch erleichtern die Gesetze bey einem solchen Unglücksfall die Beweislast auch nicht um einen Gran, sondern verordnen

vielmehr ganz bestimmt und ausdrücklich,*) daß der Inhalt, der durch einen Unglüksfall verloren gegangenen Urkunden rechtsgenüglich (manifestis et evidentibus probationibus) bewiesen werden solle.

§. 33.

Was insbesondere alte Sachen betrifft, so glaubt man zwar aus dem unten angeführten Text**) darthun zu können, daß der Richter in solchen Fällen weniger streng in seiner Beweisforderung seyn soll; aber dieß ergiebt sich nun aus der angeführten Stelle nicht. Der Pabst Honorius der Dritte verordnet darin weiter nichts, als daß der zu Auseinandersetzung einer Diöcesan=Grenzstreitigkeit ernannte Commissarius auf alle nur möglichen Beweismittel und Beweisgründe seine Aufmerksamkeit richten solle. Und überhaupt fehlt es auch bey alten Sachen an einem hinreichenden Grund, eine Ausnahme von den sonstigen Beweisvorschriften zu

*) L. 1. 7. et 9. C. de Fide Instrum.

**) C. 13. X. de Probat. Cum caussam, quae inter Colobrien. et Egitan. episcopos super suarum limitatione dioecesum vertitur, vobis duximus committendam, mandamus, quatenus secundum divisiones, quae per libros antiquos, vel alio modo melius probabuntur, nec non testes, famam, et quaecunque alia adminicula in negotio procedatis.

machen. Wer mit veralteten Ansprüchen auftrit, von dem kann man billig erwarten, daß er mit hinreichenden Beweismitteln ausgerüstet sey, wenn er sich nicht den Verdacht der Chikane aussetzen will. Und wer mit veralteten Forderungen heimgesucht wird, der wird dagegen fast immer durch die Verjährung geschüzt.

§. 34.

Was endlich die Dunkelheit betrifft, in welche ein gewisser Gegenstand eingehüllt ist, so kommt diese Dunkelheit entweder in einer Civilstreitigkeit oder in einer Criminalsache vor. Im ersten Fall ist die Parthey, auf welche die Beweislast fällt, fast immer an dieser Dunkelheit selbst schuld, muß sich daher die Folgen ihrer Unachtsamkeit selbst beymessen, und kann es dem Gegentheil nicht zumuthen, ein Beweismittel mehr gelten zu lassen, als es sonst gegolten haben würde. Im andern Fall hingegen dürfen dem inquirirenden Richter Scheinbeweise, Muthmaßungen und Halbbeweise nicht genug thun,*) sondern es liegt ihm ob, alle Mühe anzuwenden, um das, was dunkel ist, aufzuklären. Gelingen ihm seine Bemühungen, so ist es desto besser. Mißglücken sie aber, und bleibt bey aller angewandten Mühe die Sache doch noch dunkel, so hat sein Amt ein Ende. (De occultis non judicat nec ecclesia, nec curia.)

---

*) S. Beccaria von Verbrechen und Strafen S. 158.

§. 35.

Ferner soll auch die Aussage eines einzigen Zeugen das volle Gewicht haben, wenn sie seine eigenen Handlungen betrifft. Freylich ist ein solcher Zeuge ein sehr guter Zeuge, weil er seine eigne Handlungen am besten wissen muß. Aber deßwegen, weil ein Zeuge ein guter Zeuge ist, kann man seinem Zeugniß noch nicht volle Beweiskraft beylegen, denn sonst würden alle classische Zeugen einen ganzen Beweis hervorbringen. Die Gesetze wissen hievon nichts. Die L. 58. in fine D. de Aedit. Edict. und die L. 7. D. de Probat. beweisen diese Behauptung nicht, denn sie reden bloß von einem Fall, wo dem Zeugniß in eigner Sache geglaubt wurde.*) Horn, welcher sich sonst immer ein angelegentliches Geschäfte daraus macht, die Ausnahmen von der Regel: daß nur zwey gute Zeugen vollständig beweisen, zu vermehren, hat doch selbst eingeräumt,**) daß dieser Fall nicht eigentlich zu den Ausnahmen von der Regel gehöre.

§. 36.

Daß keine Meynung so abgeschmakt sey, die nicht schon an einem Rechtsgelehrten einen Ver-

---

*) S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 405. und Desselben Tract. die Tortur ꝛc. S. 19.

**) In der angef. Disp. Sct. III. ths. 10.

theidiger gefunden hat, davon giebt unter so vielen andern auch die Behauptung*) ein Beyspiel, daß die Aussage eines einzigen Zeugen; welche gegen sein eignes Interesse laufe, vollen Glauben verdiene. Man weiß zwar kein Gesetz für diese monströse Meynung anzuführen, glaubt sie aber damit rechtfertigen zu können, daß man sagt, Eigennutz sey die Federkraft aller menschlichen Thätigkeit, mithin sey zu glauben, daß ein Mensch, der mit Verläugnung seines eignes Vortheils ein Zeugniß ablegt, die Wahrheit sagen werde. Aber alle Handlungen, welche über die ordentliche Grenzen gehen, geben, schreibt Montaigne**) Anlaß zu nachtheiligen Auslegungen. Weil ohne Unbilligkeit von keinem Menschen verlangt werden kann, daß er gegen sich selbst zeuge, so wird ein gescheidter und zugleich gewissenhafter Mann, wenn er in die mißliche Alternative kommt, entweder zu lügen oder sein Interesse zu vernachlässigen, ein solches Dilemma vermeiden und sich die Ablegung eines Zeugnisses verbitten. Thut er dieß nicht, so weiß man, was man von ihm zu halten hat. Anstatt, daß ein solches Zeugniß für völlig glaubhaft geachtet werden könnte, wird es vielmehr den Verdacht einer Collision gegen sich haben, und man wird sich diese uneigennützig scheinende Handlung dadurch

*) S. Horn in der angef. Disp. c. III. ths. 12.

**) In den Gedanken und Meynungen über allerley Gegenstände Band 3. S. 38. der Bod. Uebers.

erklären, daß man annimmt, der Zeuge werde sich von derjenigen Partey, welcher sein Zeugniß nützt, eine Entschädigung haben versprechen lassen. Uebrigens sind die Gesetze daran unschuldig, daß diese Mißgeburt von Meynung ausgebrütet worden ist, denn sie haben in L. 10. D. de Testib. und in L. 10. C. de Testib. bestimmt und deutlich genug den Satz ausgesprochen: niemand kann ein glaubwürdiger Zeuge seyn, wenn ihm sein Zeugniß nützen oder schaden würde.

§. 37.

In allen bisher angeführten Fällen scheint mir nun der volle Beweis durch einen einzigen Zeugen ganz ungegründet zu seyn. Vielleicht findet man in ältern mir unbekannten Schriften der Rechtsgelehrten noch mehrere Fälle angegeben, in welchen durch einen einzigen Zeugen ein vollständiger Beweis geführt werden soll. Da aber Horn und Müller denen es doch so sehr darum zu thun war, die Ausnahmen von der Regel zu vermehren, keine weitern Fälle angeführt haben, so darf man wohl mit vieler Wahrscheinlichkeit vermuthen, daß alle andern mir unbekannte Ausnahmen, die Horn und Müller stillschweigend übergangen haben, noch weniger gegründet sind als die bisher angeführten. Gewöhnlich rechnet man zu solchen Ausnahmen auch noch den Fall, wenn ein Zeugniß zu Niemands Vortheil oder Schaden gereiche. Da ich aber blos vom Zeugniß in Rechtsstreitigkeiten handle, so lasse

ich diese Ausnahme auf ihrem Werth oder Unwerth beruhen.

§. 38.

Weil die Uebereinstimmung zweyer Zeugen schlechterdings nicht getheilt werden kann, indem jede Theilung diese Uebereinstimmung zerstört, so sollte freylich nach der Natur der Sache die Aussage eines einzigen Zeugen gar nichts beweisen, denn es hat schon Huber*) bemerkt, daß die Vollständigkeit des Beweises, welche in der Aussage zweyer Zeugen liegt, zwar im aritmetischen Sinn, nicht aber im Sinn der Gesetze halbirt werden könne. Und eben deßwegen und weil den Römern die Eintheilung des Beweises in den ganzen und halben Beweis fremd gewesen ist, und weil in der mehrmal allegirten L. 9. C. de Testib. verordnet ist, daß die Aussage eines einzigen Zeugen, und wenn er auch in noch so großem Ansehen stehe, nicht beachtet werden solle, haben außer dem allegirten Huber noch mehrere ältere große Rechtsgelehrte, z. B. Hugo Donell und Franz Duaren und auch noch in neueren Zeiten der gelehrte Heineccius**) behauptet, daß die Aussage eines einzigen Zeugen nach der reinen Theorie des römischen Rechts gar

*) In Praelect. ad Pand. Tit. de Probat. §. 2.

**) In Elem. Jur. Civ. secund. Ordin. Pand. Part. IV. §. 118.

nichts wirke, und daß folglich der Verklagte, wenn der Kläger den Grund seiner Klage nur durch einen einzigen Zeugen beweisen würde, von der gegen ihn eingestellten Klage entbunden werden müste. Aber der berühmte Hr. Prof. Malblanc hat es ziemlich wahrscheinlich gemacht,*) daß, wenn schon den Römern die Eintheilung in ganzen und halben Beweis fremd gewesen ist, daraus doch nicht folge, daß bey ihnen die Aussage eines einzigen Zeugen gar nichts bewiesen habe, daß die L. 9. C. de Testib. eben nicht so ganz buchstäblich zu verstehen sey, und daß Kaiser Konstantin in diesem Gesetz nicht eben just gewollt habe, daß das Zeugniß einer einzigen Person gar nichts gelten solle; sondern daß es vielmehr nur sein Wille gewesen, daß die Aussage eines einzigen Zeugen allein, und wenn sie nicht wohl durch andere Beweisgründe unterstüzt werde, nichts entscheiden solle. Es kam daher, und weil doch einmal bey diesem Punkt ein allgemeiner Gerichtsbrauch nicht zu läugnen ist, keinen Zweifel unterliegen, daß, die Aussage eines einzigen Zeugen nach Beschaffenheit der Umstände den Ergänzungs- oder Reinigungseyd begründen kann. Ich sage nach Beschaffenheit der Umstände, weil wegen Verschiedenheit derselben und wegen allenfallsiger Collision zwischen dem Beweis und Gegen-

---

*) In Doctr. de Jurej. §. 70-74. und in den Princip. Jur. Rom. P. II. Sect. II. §. 597. Vergl. Horn in D. de probatione per testes caute instituenda §. 15. p. 29. und Vinnius in Sel. Jur. Quaest. L. I. c. 44.

beweis sich im Voraus nicht so ganz bestimmt angeben läßt, welche Wirkung das Zeugniß eines einzigen Menschen immer in jedem vorkommenden Fall habe.

§. 39.

Nur folgende Ausnahmen von der Regel, welche zu einem vollständigen Beweis die übereinstimmende Aussage zweyer Zeugen erfordert, möchten wirklich gegründet seyn. Und zwar die erste dieser gegründeten Ausnahmen ist, daß bey Streitigkeiten über Grenzen die Angabe des Verkäufers nach L. 13. D. de Fin. reg. volle Glaubwürdigkeit haben solle. Dieses Gesetz ist freylich etwas dunkel, weil wir nicht wissen, ob die Entscheidung des alten Juristen, aus dessen Schriften dieses Fragment genommen ist, sich auf besondere Umstände bezieht, die uns heutzutage unbekannt sind. Ich gebe daher gerne zu, daß auch gegen diese Ausnahme sich noch manches erinnern ließe.

§. 40.

Zweyte Ausnahme. Nach der L. 2. C. de Ponderat. entscheidet das Zeugniß des Zygostaten (Münzwardein*) vollkommen. Und analogisch möchte sich's auch aus diesem Gesetz rechtfertigen lassen, wenn man das Zeugniß eines einzigen Wa=

*) S. Brissonius de Verb. Signif. p. 1380. edit. Heinec.

gemmeisters, Eichers, Frucht = Holz = und Heumessers gelten läßt. Wollte man das Zeugniß dieser öffentlich angestellten in Eyd = und Pflicht stehenden Männer nicht gelten lassen, so müßte eine Stockung im täglichen und sehr nothwendigen Handelsverkehr entstehen und man würde im Betrieb der Geschäfte nicht wohl auseinander kommen können. Das Handelsverkehr mit Wein, Getraide, Holz u. dgl. geschieht meistens zwischen den Einwohnern einer Stadt und zwischen Fremden. In vielen, zumal kleinen Städten, ist oft nur ein einziger Wagemeister und Eicher angestellt, und wenn deren auch noch mehrere an einem Ort aufgestellt sind, so sind doch nicht gleich mehrere bey der Hand, die man gebrauchen könnte, oder man würde unnöthiger Weise mehrere Ausgaben haben, wenn man sich der Dienstleistung zweyer solcher Männer bedienen wollte. Ueberdieß findet in Handelsgeschäften ein summarisches Verfahren statt, und es ist billig, daß in vorkommenden Streitigkeiten den Fremden kurzweg (brevi manu) und ohne viel Weitläuftigkeiten zu ihrem Recht verholfen werde. Aber auf Feldmesser möchte ich dieses Gesetz nicht anwenden, weil Grundstücke kein Gegenstand des Handelverkehrs auf öffentlichen Märkten und Handelsplätzen sind, und bey ihnen der Grund des Gesetzes nicht statt findet.

§. 41.

Dritte Ausnahme. Die Gesetze, welche

zu einem vollständigen Beweis die übereinstimmende Aussage zweyer unverwerflicher Zeugen verlangen, müssen im gewöhnlichen Zustand der Dinge genau beobachtet werden. Aber wenn Nothfälle eintreten, welche eine schnelle Hülfe des Richters fordern, dann kann man der Form die Sache nicht aufopfern, sondern muß sich auch mit einem halben Beweis und mit dem Zeugniß einer einzigen Person begnügen. Ein solcher Fall ist vorhanden, wenn bey Streitigkeiten über den Besitz, Gewaltthätigkeiten und Störungen des Ruhestandes wahrscheinlicher Weise zu besorgen sind. Weil schon die Vernunft diese Ausnahme von der Regel rechtfertigt, so bedarf sie nicht erst einer Sanction des Positivgesetzes. Aber auch daran fehlt es nicht, denn die kaiserliche Kammergerichtsordnung verlangt mehr nicht,*) als daß die Gefahr von Gewaltthätigkeiten etlichermaßen dargethan werde.

§. 42.

Vierte Ausnahme. Um mehrerer Gewißheit willen und um den Erwerb oder Verlust der Rechte nicht von dem Zeugniß eines einzigen Men-

*) Thl. II. Tit. 22. §. 5. Vergl. J. H. Böhmer in der Disp. de vero usu possessorii ordinarii et summarii c. III. §. 10. Westphals Rechtsgutachten und auserlesene Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts nach Ordnung der Pandekten I. Band S. 198. Hofmann in der Reichspraxis Band. II. §. 1445.

schen abhängig zu machen, haben die Gesetze zu einem vollständigen Beweis die Anzahl von zwey guten Zeugen erfordert. Da diese gesetzliche Verordnung die Sicherheit der streitenden Parteyen bezweckt, so kann sie (die Parteyen) nichts hindern, auf ihre Sicherheit Verzicht zu thun, und ihre Rechte von der Aussage eines einzigen Zeugen abhängen zu lassen, doch versteht sichs, daß ein solcher Verzicht nur in Civilsachen geschehen kann. Weil aber zu einem solchen Verzicht die ausdrückliche Uebereinkunft beyder Parteyen nöthig ist, so würde man mit Horn*) zu weit gehen, wenn man gegen die bestimmte Vorschrift der L. 17. C. de Testib. behaupten wollte, daß der Beweisführer sich der Aussage seiner von ihm aufgestellten Zeugen so ganz unbedingt unterworfen habe, daß auch die Aussage eines einzigen Zeugen gegen ihn volle Beweiskraft haben solle.**) Gegen die Person seiner Zeugen kann der Beweisführer freylich keine Ausstellungen machen, aber doch immer ihre Aussagen, wenn sie nur sonst unglaubwürdig sind, anfechten. Hoft ja doch zu der Zeit, wenn er die Zeugen aufstellt, der Beweisführer immer, daß die von ihm vorgeschlagene Zeugen zu seinem Vortheil aussagen werden. Wenn diese Hoffnung nicht erfüllt wird, so würde man dem Beweisführer Absichten andichten,

---

*) In der angef. Disp. c. IV. thes. 4.

**) S. Wernher in Lect. Comment. in Pand. Vol. II. p. 113.

die er sicher nicht hatte, wenn man von ihm annehmen wollte, daß die widrige Aussage eines seiner Zeugen gegen ihn mehr gelten solle, als sie sonst, wenn sie günstig für ihn ausgefallen wäre, auch gegolten haben würde. Der Satz: Qui consenti. in antecedens, consentit etiam in consequens, ist, wie schon Püttmann *) gezeigt hat, sehr trüglich. —

Aber wie, wenn es die Parteyen auf die Aussage eines einzigen Zeugen wollten ankommen lassen, welcher offenbar verwerflich, z. B. ein Meineidiger wäre? Auch daran kann sie niemand hindern. Können ja die Parteyen ihre Streitigkeiten von dem Eyd oder gar vom Loos abhängig machen, warum sollte ihnen verwehrt seyn, auf einen unglaubwürdigen Zeugen zu compromittiren? Es kommt ja eigentlich dabey nicht darauf an, was wirklich Recht ist, sondern was die Parteyen als Recht anerkennen wollen. Nur müssen sie in diesem Fall dem Richter nicht zumuthen, daß er sich weiter um ihren Proceß bekümmere, und die Mühe über sich nehme, einen solchen verwerflichen Zeugen zu vereyden und zu verhören, weil ihm nicht erlaubt ist, einen ganz untüchtigen Zeugen zum Zeugniß zuzulassen *).

---

*) Miscellaneorum Liber Sing. p. 324.

*) S. J. H. Böhmer in der Disp. de judice procedente ex officio c. IV. §. 12. und Gönner im Handbuch des Prozesses B. I. S. 559. u. B. II. S. 109.

§. 43.

Fünfte Ausnahme. Weil ein jeder Bürger vermöge seiner Privatavtonomie in gewissen Fällen selbst auch Gesetzgeber seyn kann *) und berechtigt ist, sich nicht nur einen Erben zu ernennen, sondern auch sonst noch manches andere anzuordnen, was er nach seinem Tode geschehen haben will, so sind unstreitig seine Erben auch verbunden, seinen Willen zu ehren, und sich nach seinem Befehl zu richten, wenn er verordnet hat, daß bei vorfallenden Streitigkeiten unter ihnen die Aussage eines einzigen Zeugen entscheidend seyn soll. Ein Beispiel von einer solchen testatorischen Verordnung kommt in der L. 14. D. de Dote praelegata vor.

*) Nov. 22. c. 2. in pr. Disponat unus quisque super suis *et sit lex ejus voluntas.* Vergl. Hrn. J. R. Majers Avtonomie St. 2. S. 293.

Ueber
die
Gültigkeit
einer allgemeinen Verzichtthuung
auf
Rechtswohlthaten und Einreden.

Wie schwer es sey, verjährte Irrthümer auszurotten, beweist die Geschichte der Wissenschaften überhaupt, und ein Beispiel davon giebt neben so vielen andern auch der Lehrsatz: daß ein allgemeiner Verzicht der Einreden und Rechtswohlthaten ungültig und unwirksam sey. Es sind schon mehr denn hundert Jahre verstrichen, seitdem Titius *), ein Mann, dem die Rechtsgelehrtheit so vieles verdankt, den Ungrund dieses Lehrsatzes behauptet hat, und doch wird noch immer derselbe als eine ausgemachte Wahrheit nicht blos nur in practischen Werken, sondern selbst auch in guten theoretischen Lehrbüchern und Schriften über das Civilrecht **) wiederholt ***).

*) In Observationibus in Compendium Juris Lauterbachianum obs. 556.

**) Man s. z. B. Hofaker in Princip. Juris Civil. Tom. II. Part. I. §. 793. und Westphals öffentliche und privat Rechtsgutachten des bürgerl. Rechts B. 1. S. 201.

***) Auch bei diesem Lehrsatz ist es gegangen, wie bei so vielen andern, von welchen Grubner in Select. Opusc. Jur. Priv. p. 163. schreibt: Nullum fere in quaque parte jurisprudentiae nostrae caput est, in quo non plura tradantur, quae nulla lege, nulla ratione, sed tantum discentium credulitate, et docentium, qui

Ich glaube daher, daß eine neue Untersuchung dieser wichtigen und im höchsten Grade practischen Materie eine nicht ganz unverdienstliche Arbeit seyn wird. Ich werde zeigen, daß jener Lehrsatz mit der Vernunftlehre, mit dem Sprachgebrauch und mit der Analogie der Rechte ganz unverträglich sey.

Wenn sich ein Mensch mit dem andern in Geschäfte einläßt, und noch mehr, wenn er mit dem andern einen Vertrag schließt, so ist er verbunden, die Worte in der gewöhnlichen Bedeutung zu gebrauchen, und nehmen zu lassen. *) Wäre dieses nicht der Fall, so würde das menschliche Leben ein Schauplatz unaufhörlicher Verwirrung und Ungewißheit seyn, weil niemand wissen könnte, ob der Andere, mit dem er sich in Geschäfte einlassen will, eine Regel des Verhaltens befolgen werde, und man sich darauf werde verlassen können, daß der Andere

---

antecedentes Doctores secure secuti sunt, et fideliter exscripserunt- errore nitantur; nullum fere, in quo non conclusiones contrarias et sententias sem et ipsas evertentes deprehendas, ut sui saepe immemores compilatores aut describendi labore fessos fuisse credas, et ex variis ac diversa sentientibus scriptoribus non cohaerentes sententias collegisse, et absque judicio in opus suum transtulisse tantum non deprehendas.

*) Puffendorf de Jur. Nat. et Gent. L. IV. cap. 1. und de Offic. Hom. et Civ. L. II. c. 10. §. 2. Cocceji in D. de eo, quod justum est in dubio Sct. II. §. 11—14. p. 679. sq. Vol. II. Exercit. Curios.

dem, was er versprochen hat, auch treu bleiben werde. Es ist nicht nur der Vernunft, sondern auch dem allgemeinen Sprachgebrauch gemäß, daß das Allgemeine auch das Besondre in sich begreife, und Jedermann weiß, ohne die Logik studiert zu haben, daß die Bejahung oder Verneinung von einer Gattung (Genus) so viel einzelne Sätze enthält, als nur Arten (Species) unter der Gattung oder einzelne Dinge unter der Art zu denken sind. Wenn ein Bauer alle seine Kühe an einen andern verkauft, so würde er ganz gewiß von Jedermann für einen verrückten Menschen oder für einen bösen und streitsüchtigen Mann gehalten werden, wenn er hintennach dem Käufer bei der Uebergabe die schwarzen Kühe vorenthalten und sagen wollte, daß bei Abschliessung des Kaufs keine ausdrückliche und nahmentliche Erwähnung der schwarzen Kühe geschehen sey. — Warum sollte sich denn die Sache bei der allgemeinen Verzichtleistung auf alle Einreden anders verhalten? Wenn der eine Contrahent sich aller Einreden begiebt, so ist der Andere, zu dessen Vortheil der Verzicht geschehen ist, zu der Erwartung berechtigt, daß der Verzichtleister von keiner Einrede, wenn sie auch schon nicht ausdrücklich und besonders genannt worden ist, in der Folge Gebrauch machen werde. Als sich der Verzichtleister erklärte, daß er auf alle Einreden entsage, so mußte er wissen, oder konnte doch wissen, daß der acceptirende Theil nunmehr hoffe und sich darauf verlasse, daß er, der Verzichtleister, künftig mit keiner Einrede mehr auftreten werde. Wenn nun der Verzichtleister es wis-

sen konnte oder es wissen mußte, daß der andere Contrahent nach dem gemeinen Sprachgebrauch, nach welchem das Allgemeine das Besondre in sich faßt, in diesem Sinn den Verzicht nehme, so hat er unredlich gehandelt, wenn er nicht noch zu rechter Zeit die Vorstellung des andern Theils berichtigt und ausdrüklicher erklärt hat, daß diese oder jene Einrede von dem allgemeinen Verzicht ausgenommen seyn solle; und er handelt noch unredlicher und noch ungerechter, wenn er erst zu der Zeit, wenn die Erfüllung des Contracts von seiner Seite geschehen soll, von einer Einrede Gebrauch macht, die sein Mitcontrahent gar nicht mehr erwartet. Wer im Allgemeinen auf Einreden Verzicht thut, und erst hintennach wenn auf Erfüllung des Contracts geklagt wird, vorgibt, daß er an den Vertrag wegen dieser oder jener Einrede, deren er sich nicht besonders begeben habe, nicht gebunden sey, macht sich eines heimlichen Vorbehalts verdächtig *), und hat die Vermuthung gegen sich, daß er aus Arglist geflissentlich unterlassen habe, auch auf diese Einrede namentlich Verzicht zu thun, um, wenn er allenfalls bei dem eingegangenen Handel seine Rechnung nicht fände, einen scheinbaren Vorwand zu haben, der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entschlüpfen. „Die mei-

*) Mit vieler Wärme erklärt sich gegen Mentalreservationen Pufendorf in Jur. Nat. et Gent. L. IV. c. 1. §. 14. Vergl. Garve's Abh. von der Verbindung mit der Politik, 8. Breslau 1788. S. 147.

sten Verträge, sagt Montaigne *) sind schimpflich und lügenhaft. Wir suchen nur den Dingen einen hübschen Anstrich zu geben, und verrathen gleichwohl unsere wahren Absichten, deren wir nicht Wort haben wollen. Wir verkleistern die Thatsache. Wir wissen wohl, wie wir gesagt und gemeint haben, das wissen auch die, die dabei stehen, und unsere Freunde, denen wir unsern Vortheil haben zu verstehen geben wollen. Es geschieht auf Kosten unserer Freimüthigkeit, und auf Kosten der Ehre unserer Tapferkeit, daß wir unsere Meinung abläugnen und in der Falschheit Kaninchenlöcher suchen, um uns zu vertragen. Wir strafen uns selbst Lügen, um uns aus dem Handel zu ziehen, wenn wir andere Lügen gestraft haben. Es kommt ja nicht darauf an, ob unsere Handlungen oder Worte anders ausgelegt werden können, sondern darauf, daß wir bei unserer wahren aufrichtigen Erklärung und Deutung beharren, es möge auch uns kosten, was es wolle. Es kommt hier auf Tugend und Gewissenhaftigkeit an. Das sind keine Theile, die man verlarven darf. Solche elende Behelfe und Ausflüchte laßt uns der juristischen Chicane überlassen. Die Entschuldigungen und Genügeleistungen, welche ich täglich machen sehe, um Uebereilungen zu beschönigen, kommen mir noch häßlicher vor, als die Uebereilungen selbst." Stimmt wohl ein solches heimtückisches Betragen mit der Gerechtigkeit überein, deren Grund, nach

*) In den Gedanken und Meinungen über verschiedene Gegenstände, B. VI. S. 110. der Bod. Uebers.

Cicero's *) schönem Ausspruch Treue in dem ist, was wir versprochen haben? und ist eine solche Unredlichkeit wohl der Absicht der Gesetze: Treu und Glauben unter den Menschen zu befördern, gemäß? **)

Ich habe oben behauptet, daß der Lehrsatz: ein allgemeiner Verzicht der Einreden ist ungültig, mit andern Rechtssätzen und der Analogie der Rechte unverträglich sey. Es liegt mir daher ob, auch diese Behauptung zu rechtfertigen.

Den logischrichtigen Satz: das Besondere ist im Allgemeinen enthalten, erkennt das römische Recht in der L. 147. D. de R. J. in folgenden Worten: Semper specialia generalibus insunt, nicht nur ganz bestimmt und ausdrücklich an ***), sondern es geht auch mit unsern andern in Teutschland eingeführten Gesetzen bei mehreren Entscheidungen von diesem Grundsatz aus. Ein allgemeiner Vergleich ist eben so verbindlich und gültig, als ein besonderer. Und es ist, so viel ich weiß, noch keinem Rechtsgelehrten eingefallen, zu behaupten, daß ein allge-

---

*) de Offic. L. 1. c. 6.

**) L. 1. pr. de Pact. Eben dahin deutet auch die Parömie: ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann.

***) Eben dieß geschieht auch in der Valentinianischen Constitution oder in der 8ten Novelle, welche Part. II. Tom. VI. der ritterschen Ausgabe zu lesen ist, wo es heißt: cum generalitatis designatio universa consumit, nec possit aliquid esse exceptum, und: dicendo enim, *omnia*, nullum penitus cujus libet litis aut causationis fomitem de reliquit.

meiner Vergleich ungültig sey, wenn nicht ausdrüklich und namentlich alle und jede Ansprüche, welche durch den Transact abgethan seyn sollen, genannt worden sind *). Und doch kann ein allgemeiner Vergleich von größerer Importanz und viel wichtigern Folgen seyn, als ein Verzicht auf diese oder jene Einrede! Das allgemeine Pfandrecht geht auf alle Arten der Güter des Schuldners, bewegliche und unbewegliche Sachen, Rechte und Forderungen, gegenwärtiges und künftiges Vermögen, und es ist nicht nöthig, daß bei der allgemeinen Verpfändung auch der künftigen Güter namentliche Anführung geschehe, cum sit, wie es in der L. 9. C. quae res pign. etc. heißt, justum, voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptiones inspicere. Wer beim Pachtcontract alle Unglüksfälle übernommen hat, der muß sich auch die ungewöhnlichen gefallen lassen **). Wem in einem Testament der Unterhalt vermacht worden ist, der bekommt auch ohne ausdrükliche Erklärung des Testators Alles, was an Speisung, Kleidung und Wohnung zu den Lebensbedürfnissen gehört ***).

*) Hellfeld in D. de eo, quod ob species noviter repertas circa transactionem juris est, §. 24. p. 70. in Opuscul. et Dissert. Juris Civilis privati.

**) Vinnius in Select. Juris. Quaest. L. II. c. 1. Walch in Introduct. in controv. Jur. p. 448. edit. III.

***) Westphals System der Lehre von den einzeln Vermächtnißarten; §. 62. S. 39.

Wer vom Roggen und Waizen den Zehnd bekommt, braucht nicht auch auf die Gerste und auf andere Getraidearten seinen Beweis auszudehnen, weil, wie sich der Pabst im c. 27. X. de Decimis ausdrükt, ubi majus conceditur, ibi minus concessum videtur. Wer bei Haasen und Hünern die Jagd ausgeübt hat, hat nicht nöthig zu beweisen, daß ihm solche auch auf andres Wildpret der niedern Jagd zustehe *). Wenn eine Verleihung aller Gerichte geschehen ist, so muß im Zweifel vermuthet werden, daß darunter auch die geistliche Gerichtsbarkeit begriffen sey **).

Wenn man der Erbschaft auf alle Fälle entsagt, so ist solche Lossagung gültig, man mag Intestat- oder Testamentserbe seyn sollen ***).

Wenn nun fast immer in unsern in Teutschland geltenden Rechten der Grundsatz herrschend ist, daß das Allgemeine auch das Besondere in sich begreife, so ist man doch wohl berechtigt, von denjenigen Juristen, welche bei einer allgemeinen Verzichtleistung auf alle Einreden eine Ausnahme von dieser Regel behaupten, zu verlangen, daß sie für diese Ausnah-

---

*) Schnauberts Erläuterung des Lehnrechts, S. 136.

**) Schnaubert in den angef. B. S. 116.

***) Westphal von Vorlegung und Eröfnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft ꝛc. §. 261.

me bündige Beweise beibringen. Aber es fehlet viel, daß dieß geschehen sey. Man führt zwar gewöhnlich zur Begründung derselben folgende Gesetze an:

1) c. 81. de Reg. Jur. in 6to. In generali concessione non veniunt ea, qua quis non esset verisimiliter in specie concessurus.

2) L. 4. §. 4. D. Si quis caut. in jud. Quae s tum est an possit conveniri: ne ulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi caussa facta objiciatur? et ait Alicivilinius, conventionem istam non valere. Sed et ego puto, conventionem istam ita valere, si specialiter caussae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renunciatum est.

3) L. 1. D. Si quis in jus vocatus non iverit. Si quis in jus vocatus fidejussorem dederit in judicio sistendi caussa, non suppositum jurisdictioni illius, ad quem vocatur: pro non lato fidejussor habetur, nisi suo privilegio specialiter renunciaverit.

Aber das c. 81. de Reg. Jur. in 6to. handelt blos von Privilegien und die darin enthaltene Verordnung kann daher auf den Verzicht der Einreden nicht bezogen werden. Eben so wenig beweisen auch die zwei andern Gesetze, wie schon Gundling*)

*) in D. Singularia de beneficio excussionis capita, cap. V. §. 16. p. 914. Tom. I. Exercit. Academ.

und Joh. Ludw. Schmid *) bemerkt haben. Das andere Gesetz stellt den Fall vom Verzicht der Ehehaften unter, und es wird darin gesagt, daß ein solcher Verzicht nicht im Allgemeinen geschehen solle, sondern mit Bestimmung und Anführung besonderer Fälle geschehen müsse. Diese Entscheidung ist auch ganz der Billigkeit gemäß, weil, wer nur überhaupt auf die Ehehaften Verzicht gethan hat, nicht wohl an alle besondere Nothfälle gedacht haben kann **). Ist denn dieß immer auch der Fall bei der Verzichtleistung auf Einreden? Sind denn, um nur ein Beispiel anzuführen, bei einer Bürgschaftsleistung der Einreden so viele, daß sie der verzichtleistende Bürge nicht alle im Voraus übersehen könnte? Das dritte Gesetz handelt von einem besondern Fall, nämlich von Begebung des besondern Gerichtsstandes, und beweiset daher ganz und gar nicht, daß bei allen und jeden Einreden ein allgemeiner Verzicht ungültig sey. Es ist ein grober Verstoß gegen die Hermenevtik, wenn man aus einer einzelnen auf besondern Gründen und Verhältnissen beruhenden Entscheidung eine allgemeine Regel abstrahiren will ***).

---

*) in Comm. de Fidejussore principaliter obligato §. 29. p. 27. sq.

**) Glück in der Erläuterung der Pandekten, B. 3. S. 471.

***) Titius in Observ. in Comp. Laut. obs. 425. Non enim ex conclusione speciali, sed ex principio generali similes decisiones sunt repetendae.

Man führt aber nicht blos Gesetze, sondern auch Gründe für die jenseitige Meinung an, und sagt: allgemeine Verzichte seyen dunkel, ungewiß, unbestimmt und unverständlich; man könne immer annehmen, daß die Verzichtleister an diejenigen Einreden, so nicht besonders genannt worden, auch nicht gedacht haben; überhaupt seyen Verzichte nicht zu begünstigen, und restrictiv (einige sagen gar: strictissime) auszulegen *).

Aber es ist ein Irrthum, wenn man glaubt, daß Weitläuftigkeit und ein Schwall von Worten eine Rede deutlicher und verständlicher machen. **) Man hat es schon oft mit Recht getadelt, daß man in rechtlichen Aufsätzen dasjenige in einem Meer von Worten ersäufe, was in wenigen Worten hätte gesagt werden können. Der comische Romanschreiber Sterne hat fein genug darüber gespöttelt, wenn er, nachdem er den 6 Seiten langen Artikel wegen dem Wochenbette aus dem Schandischen Ehecontract angeführt hatte, sagt: mit drei Worten: — meine Mutter konnte ihr Wochenbett in London halten. — Plutarch rühmt es an den Spartanern,

*) Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt rc. S. 36. Stryk de Cautel. Contract. Sect, I. §. 5. Ziegler in D. de renunciationibus, in Discept. Select. p, 1358. Berger in D. de renunciatione jurium p. 390. in Dis. Jur. Select.

**) Tout ce qu'on dit de trap, est fade et rebutant:
L'Esprit rassasié le rejette à l'instant.

Despreaux.

daß sie mit wenig Worten Viel gesagt. Ist denn ein Verzicht dunkel, unbestimmt und unverständlich, wenn der Verzichtleister sagt, daß er allen und jeden Einreden und Rechtswohlthaten entsage? Ich zweifle sehr daran. Wenn einer sich erklårt, daß er sich aller und jeder Einreden begebe, so ist nirgends eine Ungewißheit vorhanden, daß sich der Verzichtleister auch jeder einzelnen Einrede begeben habe *). Auch ist ein allgemeiner Verzicht auf alle Einreden kein unbestimmter und dunkler Verzicht. Er erschöpft und umfaßt Alles, und hat den Vorzug vor dem Besondern, daß man dabei keine Einrede vergißt, welches wegen der vielen Ausflůchte beim Besondern leicht geschehen kann **).

*) Sensum non vana vocabula amplecti oportet heißt es in der L. 2. §. 1. C. de Const. Pecun. Heinr. von Cocceji schreibt in der D. de eo, quod justum est in dubio Sct. I. §. 8. p. 675. Vol. I. Exerc. Cur. Cum enim *certissimi juris sit*, generi inesse species, *vox generis dubia dicenda non est*, sed generaliter quoque intelligenda est, ut ex natura generis omnes species sub se comprehendat, quam diu nondum apparet, quasdam in specie exceptas esse. Vergl. auch Joh. Goeddaei Com. in Tit. D. de Verb. Sign. ad L. 6. §. 1. §. 23. sq. p. 167. sq. Edit. III und Strube in den rechtl. Bed. B. IV. Bed. 122. Es ist ekelhaft, Såtze, fůr welche der gesunde Menschenverstand so laut spricht, mit Autoritåten zu belegen; aber es ist doch nothwendig, weil es noch immer Leute giebt, qui non tam rationis momenta qua autores quaerunt.

**) Was Hr. Prof. Zachariå in der Schrift Janus

Man müßte nur schikaniren wollen, oder man müßte wenig Erfahrung von Geschäften haben und den Charakter der Landleute und der Handwerker wenig kennen, wenn man läugnen wollte, daß diese Leute, und folglich die meisten Menschen, welche Verträge eingehen, an die Einreden, deren man sie sich im Allgemeinen begeben läßt, gar nichts denken, noch weniger einen deutlichen Begriff davon haben. Aber eben so wahr ist es auch, daß eben diese Leute nichts bei den Einreden denken und noch weniger diese Einreden verstehen, welchen man sie besonders und namentlich entsagen läßt. Wenn nun gleiche Ursachen gleiche Wirkungen haben sollen, so müßte ein besonderer Verzicht um der angeführten Ursache willen eben so unverbindlich seyn, wie eine allgemeine Entsagung auch, denn gewöhnlich ist der Verzichtleister bei dem besondern Verzicht eben so unwissend, wie bei dem Allgemeinen. — Wenn zwei Bauern einen Pacht, Kauf= Schenkungs= oder einen andern Vertrag von Erheblichkeit schließen, und solchen schriftlich aufsetzen lassen wollen, so gehen sie, weil sie nicht selbst im Stande sind, einen schriftlichen Aufsatz zu machen, zu dem Schulmeister im Dorf, tragen ihm das, was sie unter sich verabredet haben, zwar umständlich genug, aber doch fast immer sehr verworren und undeutlich vor,

---

S. 229. f. von der Einfachheit der Verträge der Völker gesagt hat möchte auch bei den Verträgen der Privaten zu empfehlen seyn. —

und bitten ihn, ihren Contrakt zu Papier zu bringen. Der Dorfschulmeister, dem es an rechtlichen Kenntnissen ganz, und an Geschäftskenntnissen oft sehr fehlt, um die Verabredungen der Contrahenten gehörig aufzufassen, und solche kurz, deutlich und vernehmlich auszudrücken, nimmt entweder zu einem alten schlechten Formularbuch, oder in dessen Ermangelung zu einer Copie von einem Pacht= oder Kaufbrief oder einer Schenkungsurkunde, die er sich in Ermangelung eines Formularbuchs abgeschrieben hat, seine Zuflucht, verfertigt nach diesem Modell den verlangten Aufsatz und läßt denselben von den Contrahenten unterschreiben. Enthält das Original das dem Schulmeister zum Muster gedient hat, eine Schenkung unter den Lebendigen, so läßt er den Bauer, der einen Aufsatz von ihm verlangt hat, sein Vermögen unter den Lebendigen auch verschenken, ungeachtet dieser nur eine Schenkung auf den Todesfall machen wollte *). Und enthält das Formular, welches der Schulmeister benutzt hat, eine allgemeine Verzichtsclausel auf alle Einreden, so wird dieser Verzicht auch in die Urkunde, welche der schenkende Bauer von ihm verlangt hat, übertragen, wenn dieser schon bei seiner Schenkung an gar keine Einreden gedacht, noch verlangt hat, daß die Verzichtsklausel in den verlangten Aufsatz eingerükt werde. Ist hingegen das Formular, welches

*) v. Tevenar in dem Versuch über die Rechtsgelahrheit S. 432. Mosers patriotische Phantasien, 1 B. Num. XIX.

dem Schulmeister zum Muster gedient hat, leer an Verzichtsclauseln, so kann man, ohne Gefahr bey der Wette zu verliehren, zehn gegen eins setzen, daß auch der vom Schulmeister zu Papier gebrachte Contract von einem Verzicht ganz schweigen wird, ungeachtet die Contrahenten bey Abschliessung des Contracts ihre Absicht auf gegenseitige Verzichtleistung gerichtet haben.

J. Hen. Böhmer und Stryk zeugen für die Richtigkeit dieser auf tägliche Erfahrung sich gründenden Bemerknng. Ersterer schreibt in der Disp. de contractu non praelecto c. II. § 19. Habent enim Notarii instrumenta et chirographa conficientes suas formulas ordinarias et solennes, *quas ubique adhibent, non discernendo saepius, quas personas negotium concernat, et sic consuetae clausulae magis ex consuetudine Notariorum apponuntur,* quam *voluntate partium.* Eben so äußert sich auch Stryk in seinem Us. Mod. Pand. L. XVI. T. I. §. 22. *Multa Notarii ex consuetudine adjicere solent et saepe numero cantant per practicam, sed nesciunt rationem sui cantus, ut quidam Notarius adjecerit instrumento:* foeminam renunciare Authori si qua mulier.

Was Stryk und Böhmer von Notariatinstrumenten schreiben, möchte doch wohl auch von Aufsätzen über Verträge, welche ein Schulmeister verfertigt, als wahr gelten. —

Bloßer Zufall ist es also, wenn, was wenigstens die Verzichtleistungen betrifft, der schriftliche Aufsatz über den eingegangenen Vertrag eine getreue und ächte Darstellung desjenigen enthält, was unter den Contrahenten verabredet worden ist. Nicht anders verhält sich auch die Sache bey den Contracten der Städter. Die einzige Verschiedenheit dabey ist nur die, daß der Städter seinen Contract von einem Advokaten oder einem Notar zu Papier bringen läßt, wodurch der schriftliche Vertrag zwar in Absicht auf die Schreibart, aber gewiß nur selten auch in Absicht auf die Wahrhaftigkeit vor dem von einem Schulmeister gemachten Aufsatz des Vertrags einen Vorzug hat. —

Diesem Uebelstand soll nun durch die Certioration abgeholfen werden. Deßwegen haben mehrere Rechtsgelehrte, z. B. Böhmer*) und Schmid**) sie auch bey solchen Personen, welche sich sonst mit der Rechtsunwissenheit nicht entschuldigen können, für so nothwendig gehalten, daß ohne sie ein Verzicht auf Einreden, und insbesondere der allgemeine Verzicht ungültig seyn soll. Böhmer und Schmid führen folgende Gesetze für diese sonderbare Meynung an: 1) Die Notariatsordnung Kaiser Maximilians I. v. J. 1512., welche

---

*) In der alleg. Disp. cap. II. §. 17.

**) In Instit. Jur. Civil. §. 466. und in Tract. de Fide jussore ratione sui ipsius habita principaliter obligata §. 15. sqq.

§. 10. verordnet, daß ein Notar den Parteyen und Zeugen erzähle und lese, die Facta, Verzicht und jede Clausuln, darauf in Kraft und Macht der Handlung, vor ihm geschehen, gestellt wäre, und die Consens und Verwilligung darauf aussprechen lasse. 2) Die L. 76. D. de R. I. welche also lautet: In Totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. Die L. 1. in fin. D. de Act. Emt. des Inhalts: Haec ita vera sunt, si emtor ignoravit servitutes: quia non videtur esse celatus, qui scit: neque certiorari debuit, qui non ignoravit. Aber alle diese Gesetze beweisen das nicht, was man damit beweisen will. Die Verordnung des Kaiser Maximilians I. ist kein allgemeines Gesetz. Sie ist nur eine Vorschrift für Notarien, legt aber andern Personen, die keine Notarien sind, und für andere Aufsätze über Verträge verfertigen, nicht die Verbindlichkeit auf, dem Verzicht eine Erklärung der Rechtszuständigkeiten vorangeben zu lassen. Die L. 76. D. de R. I. beweist, wie Schmid selbst zugiebt, für die Nothwendigkeit einer Certioration nichts. Sie enthält kein Gebot, sondern nur die Maxime der Klugheit, daß man bey allen Geschäften, die man vorhat, vorher reiflich überlegen solle, was man thun wolle. Folgt denn aber daraus, daß wenn man diese Maxime der Klugheit nicht befolgt hat, man an sein Versprechen, sich keiner Einrede zu bedienen, nicht gebunden sey? —

Die L. 1. §. 1. D. de Act. Emt. sagt weiter nichts, als daß ein Verkäufer schuldig sey, dem Käufer die auf dem verkauften Grundstücke haftende Activdienstbarkeit anzuzeigen. Sie beweist aber nicht, daß bey Verzichtleistungen derjenige Theil, zu dessen Vortheil die Verzichtthuung geschieht, schuldig sey, den Verzichtleister von denjenigen Rechtszuständigkeiten zu belehren, auf die er Verzicht leisten will. —

Auf die Notariatordnung zurükzukommen, wer soll denn bey den vielen andern Verträgen, mit welchen Notarien nichts zu thun haben, den verzichtleistenden Personen den Inhalt und die Folgen des Verzichts erklären? Der Schulmeister? Dieser versteht ja von der Rechtswissenschaft selbst nichts. Und wie kann man von Schulmeistern Rechtskenntniß erwarten, da ja, wie man sich aus der oben angeführten Stelle aus Stryks Usu Mod. erinnern wird, die Notarien oft selbst das Liedlein nicht verstehen, das sie den Contrahenten vorsingen; worüber man sich um so weniger wundern wird, wenn man erwägt, daß es nicht an Beyspielen fehlt, daß man Bedienten und sogar Fleischern das Notariatsdiplom ertheilt hat.*) — Oder der Advocat? Von Advocaten sollte man freylich erwarten können, daß sie im Stande wären, die Verzichtleister von den Folgen dieser Handlung gründlich zu unterrichten. Aber nicht alle Advo-

*) Pütters Entwiklung der heutigen teutschen Staatsverfassung Thl. 3. S. 263.

caten, die auf Academien ihre Schule gemacht haben, sind auch Rechtsgelehrte, und selbst der Doctorstitel hat viel von seiner Beweiskraft verlohren.*) Und wenn ein Advocat auch gründliche theoretische und practische Rechtskenntnisse besizt, hat er immer auch Zeit genug, und hat er immer auch den guten Willen, rechtsunwissende Personen zu belehren? Und wenn der Advocat seine Rechtswissenschaft auch noch so gründlich versteht, versteht er immer auch das Machwerk und hat er immer auch die nicht leichte Kunst in seiner Gewalt, die Contrahenten, die so selten eines deutlichen und zusammenhängenden Vertrags fähig sind, zu verstehen, und hat er immer auch Geduld genug, sich zu den Begriffen des Bauers herabzulassen, und durch schickliche Fragen das Fehlende zu erforschen? — Endlich die Gerichte? — Doch wohl nicht die Schöppen in den Dorfgerichten, welche so ganz

---

*) Thomasius in Dis. Acad. Vol. III. p. 54. Cave tamen, ne per Ictos hic intelligas aut omnes, qui hoc titulo gaudent, vel in Doctoribus utriusque juris in Academiis more solenni renunciati sunt aut eos solos. Dant academiae facultatem Jurisprudentiam docendi, (et privilegiis inde pendentibus fruendi) *non dant aptitudinem.* Et quam vis facultas dari non deberet, nisi aptis, ita tamen omnia collegia sunt comparata, ut non semper fiant, quae fieri debebant.

und gar aller Rechtskenntnisse ermangeln! *) — Oder die Stadtgerichte? Diese werden doch wohl im Stande seyn, rechtsunwissende Personen zu belehren! Zuweilen, wenn sie nämlich, wie in großen Städten der Fall ist, mit rechtsgelehrten Männern besetzt sind, ich sage zuweilen, weil viele zwar auf Universitäten ihre Schule gemacht, aber vieles vom Erlernten auch wieder vergessen haben*)— In kleinen Städten sind die Gerichtsbeysitzer meistens in den Rechten unwissend, und die Staatsverwalter werden wohl wenig Lust haben, die Stadtgerichte, um der Certioration willen, mit einer hinlänglichen Anzahl rechtsgelehrter Männer zu besetzen. — Und wenn auch für die gute Besetzung der Stadtgerichte hinlänglich gesorgt wäre, ist man denn von Seiten der Regierungen auch berechtigt, es mit Gesetzen zu erzwingen, daß die Unterthanen eine solche mit Kosten- und Zeitauf-

---

*) Gonne in der Abh. von schweigenden Schulzen und stummen Schöppen in Siebenkees jurist. Magazin B. 1. S. 425. schreibt: Endlich giebt es auch heutzutage stumme Schöppen; in so ferne denen die in Gerichtscollegiis sitzen, öfters ihre Unwissenheit den Mund verschliesset.

**) Daß dieser Fall zu den denkbaren gehöre, weiß man aus Erfahrung, und wer es nicht aus Erfahrung weiß mag es dem ältern von Cocceji in der D. de judice jus ignorante Clas. I. §. 21. Vol. II. Exerc. Jur. p. 226. glauben. —

wand verbundene Rechtsbelehrung erkaufen sollen? Werden die Regierungen, um diesen Kostenaufwand erträglich zu machen, die Unterthanen mit weniger Steuern, Frohnen und wie die fast zahllose Abgaben alle heißen, welche den armen Unterthan drükken, belegen? Und wenn man auch berechtigt ist, den Contrahenten es zur Pflicht zu machen, ihre Verträge um der Certioration willen, gerichtlich abzuschließen, bey welchen Verträgen soll denn solches geschehen? — Gewöhnlich antwortet man hierauf, bey allen Geschäften von Erheblichkeit. Aber was ist erheblich? — Manchem Bauer, der eine Schenkung von 50 Thlrn. vornehmen will, ist diese Summe von größerer Erheblichkeit, als wenn ein reicher Städter 1000 Thlr. verschenkt. Wie kann man das Maximum gesetzlich bestimmen? —

Wie kann man endlich gewiß seyn, daß die verlangte Certioration auch geschehen sey? Die Verzichtsurkunde sagt es freylich immer, daß die Certioration geschehen sey. Ist denn aber auch Alles wahr, was man dem Verzichtleister in der Verzichturkunde sagen läßt? Selbst Böhmer, der doch sonst so eifrig auf die Certioration dringt, ist sogar bey gerichtlichen Versicherungen unglaublich.*) Und wenn man sich bey gerichtlichen Versicherungen und bey den Versicherungen geschwo-

*) In Jur. Ecclesiae Prot. L. II. Tit. 30. §. 6.

H

rener Notarien*) nicht immer darauf verlassen kann, daß diese Certioration geschehen sey, so muß man doch einen starken Glauben haben, wenn man den Versicherungen der ungeschworenen Verfasser der Verzichtsurkunden trauen will.**)

*) Daß die Klagen über das Notarienunwesen, das, indem es unter dem Scheine öffentlicher Treue und Glaubens im Finstern schleicht, nur allzu oft, und noch mehr, als man insgemein glaubt, ein Dekmantel boßhafter Ränke und grober nicht einmal immer bloß listiger Ränke ist, schon alt seyen, ergiebt sich aus Herts D. de jurisprudentia cavente Sct. I. §. 6. woselbst folgende erbauliche Aeusserung vorkommt: Dispiciendum quoque de cautionibus inutilibus et noxiis. Inutiles autem sunt interdum, quae natura sui usum praebere queunt, sed certo casu in vanum recidunt. Exemplo sit renunciatio Senatus Consulti Vellejani, si Notarius, jurium inperitus, mulierem asserat de ejus sententia esse certiorem factam, et contingat, quod suo tempore factum narrat Oldendorpius, libro de jure singulari: Cum ante aliquot annos quendam Tabellionem interrogarem, cur scripsisset renunciationem, cujus nulla facta esset mentio? *Quia, inquit, sic habet Formulare meum.* Adeo plerique homines sunt insulsi! A. Merenda 4. cont. 44. paulo acerbius. Imperitiam Notariorum adeo excrevisse, ut inter flagella, quibus D. O. M. corrigit peccata, magnum haec sibi vindicet locum. — Vergl. Ziegler de Jurib. Majest L. I. cap. 26. §. 13.

**) Was Thomasius von der Certioration beym Vellejanischen Senatusconsultum sagt, möchte wohl von

Ich führe diese Schwierigkeiten nur darum an, um zu beweisen, daß die Certioration schwer auszuführen, und eben nicht immer ein erprobtes Mittel ist, um rechtsunkundige Personen gegen die schädlichen Folgen der Rechtsunwissenheit und der Uebereilung zu schützen.

So wenig die für die Nothwendigkeit der Certioration angeführte Gesetze beweisen, so wenig haltbar sind auch die dafür angeführte Gründe. Denn was den ersten Grund anbelangt, daß nämlich Verzichte restrictiv zu erklären seyen, so sehe ich zwar nicht ein, wie es für die Certioration etwas beweise, wenn man annimmt, daß Verzichtleistungen restrictiv zu erklären seyen. Inzwischen, und weil man überhaupt aus der Restrictivinterpretation gegen die Gültigkeit allgemeiner Verzichte zu argumentiren pflegt; kann ich doch nicht Umgang nehmen, auch diesen Beweisgrund genau zu prüfen. — Und welche Gesetze berechtigen denn dazu, bey Verzichten eine Restrictiverklärung anzunehmen? Alle die Rechtsgelehrte, welche dafür sind, und deren Schriften ich nachgeschlagen habe, führen keine Gesetze dafür an, gleichsam, als wenn's nicht nöthig wäre, einen Satz von so wichtigen Folgen auch zu beweisen. Selbst von Berger, dem es

---

den Certiorationen bey Verzichtleistungen auch gelten. Er schreibt in Vol. III. Dissert. Jurid. p. 185. Miserum enim et insufficiens remedium est illa certioratio, *neque efficax*, ut laesiones faeminarum intercedentium per id impediri possint. —

doch noch am meisten darum zu thun ist, für seine Behauptung Gründe beyzubringen, vermag doch nicht, ein ganz bestimmtes Gesetz für die Restrictivinterpretation der Verzichte anzuführen, sondern er weiß seine Meynung nur mit folgenden zwey weithergeholten Gründen zu unterstüzen. Es sey 1) sagt Berger keine der lezten Pflichten einer Obrigkeit, dafür zu sorgen, daß die Unterthanen nicht Schaden leiden, und dieß sey der Fall bey Schenkungen und Verzichten. 2) Bey dunkeln Verträgen, sey, fährt Berger fort, nach L. 9. 34. und L. 200. D. de R. I. das Minimum, nach L. 56. D. de R. I. das Vortheilhaftere (benignius) und nach L. 114. D. de R. I. das Wahrscheinlichere anzunehmen. — Allerdings muß es die Sorge jeder Obrigkeit seyn, so viel sie kann, von ihren Unterthanen Schaden abzuwenden. Aber doch darf diese Sorge nicht so weit gehen, um die freye Thätigkeit der Unterthanen ohne Noth einzuschränken. Gewiße risquirte Verträge und der Handel über ungewissen Gewinn sind unstreitig erlaubt, warum sollten den Verzichte, und zumal solche, wo der andere Contrahent gewisse Leistungen auch übernimmt, verboten seyn? Die aus dem Titel der Pandecten de Reg. Jur. angeführte Stellen sind alle wahr, aber sie leiden auf Verzichte keine Anwendung, sie setzen eine Dunkelheit voraus, und es ist eine falsche Voraussetzung, wenn man einen allgemeinen Verzicht für dunkel annimmt. Wo keine Dunkelheit oder Zweydeu-

tigkeit ist, kann von einer Restrictiverklärung gar nicht einmal die Rede seyn.*)

Da die Restrictivinterpretation bey Verzichtleistungen nicht bewiesen ist, so glaub' ich berechtigt zu seyn, zu behaupten, daß Verzichte nicht anders und nicht strenger als wie Verträge überhaupt zu erklären sind. Ueberall, wo unsere Gesetze auf eine strenge Auslegung der Verzichte hinweisen, setzen sie voraus, daß der Verzicht umsonst (gratis) geschehen sey, oder daß wenigstens bey einem wechselseitigen Vertrag die Verpflichtungen des Verzichtleisters lästiger seyen, als die des andern Contrahenten. Wenn dieß der Fall ist, so mögen sie alsdenn freylich restrictiv interpretirt werden; sonst aber, und bey einem Vertrag, welcher für beyde Theile belästigend ist, ist kein Grund vorhanden, die Verzichtleistung restrictiv auszulegen, sondern sie muß alsdann, wie jeder andere Vertrag auch ausgelegt werden. Aber sagt von Berger, Verzichte sind verhaßt, und man muß sie schon allein darum höchst eingeschränkt auslegen. — Ich könnte hier mit zwey der scharfsinnigsten Rechtsgelehrten, mit Tho-

*) L. 25. §. 1. D. de Legat. 3. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Vergl. Averanii Interpr. Jur. L. III. cap. 18. §. 4. Und der gründliche Göddäus in dem Com. ad Tit. Pand. de Verb. Sign. schreibt S. 169. His diligenter examinatis, generalia interpres generaliter et specialia specialiter interpretabitur.

masius*) und Titius**) vordersammst fragen, ob es denn überhaupt eine Interpretatio Favorabilium et Odiosorum gebe? Ich will aber diese Frage nicht machen, sondern nur einzig dieß fragen, ob es denn so ganz wahr und ausgemacht sey, daß Verzichte verhaßt seyen? — Ich zweifle daran, und glaube vielmehr, daß Verzichte eher Gunst als Haß verdienen. Denn etwas, das darauf abzwekt, Processen vorzubeugen, oder doch Processe seltener zu machen, was also dem Staate nüzlich ist, sollte, denke ich, um dieses Nutzens willen Begünstigung und keinen Haß verdienen.***) Und Processe zu verhüten, und Processe seltener zu machen, darauf zwecken offenbar Verzichte ab. Auch würden sie fast immer diesen Zweck erreichen, und es würde mehr Zuverläßigkeit im Worthalten entstehen, wenn die Verzichtleister keine Einreden mehr im Hinterhalte haben und nicht mehr hoffen dürften, unter dem Vorwand, daß der Verzicht nur ein allgemeiner gewesen sey, sich der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zu entziehen. — Ein Mann von großer Erfahrung in Geschäften, der

---

*) In Vol. I. Dis. Jurid. p. 835 sqq.

**) In Observat. ad Pufendorf de Officio Hom. et Civ. obs. 428 et 429.

***) Kemmerich in Accessionib. Instit. Jur. Civ. p. 133. Interpretatio pro communi utilitate est facienda. Vergl. Zachariä Versuch einer allgemeinen Hermeneutik S. 131.

seel. Präsident von Tevenar schreibt*): die meisten Rechtswohlthaten verdienen eher den Namen von Rechtsverwirrungen und Rechtsentziehungen, als von Rechtswohlthaten. — Wenn nun dem so ist, so sollte man denken, daß ein Verzicht auf solche Rechtsverwirrungen und Rechtsentziehungen alle nur mögliche rechtliche Begünstigung verdiene.

Wenn es aber auch wahr wäre, daß die Verzichte keine Begünstigung verdienen, so müßte doch, so lange sie nicht verboten sind, jeder, welcher daraus Rechte erlangt hat, dabey geschützt werden.**) Und wenn es ferner wahr wäre, daß Verzichte restrictiv erklärt werden müssen, so dürfte doch diese Restrictiverklärung nicht so weit gehen, daß dadurch der andere Theil in seinen Erwartungen getäuscht würde, und der Verzicht keine Wirksamkeit hätte, weil man sonst gegen die erste hermenevtische Regel: nach welcher jede Willenserklärung und jeder Vertrag, so erklärt werden muß, daß er Wirksamkeit behalte, verstossen würde.***) Und eines sol-

---

*) In dem Versuch über die Rechtsgelahrtheit S. 340.

*) Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät Band. I. S. 344.

*) Grotius de Jur. Bel. et Pac. L. II. c. 4. §. 3. Neque tamen patitur natura humanae societatis, ut actibus animi sufficienter declaratis, nulla sit efficacia L. 80. D. de Verb. Oblig. Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res; de qua agitur, in tuto sit. Vergl. Avera-

chen Verstosses gegen eine der ersten hermenevtischen Regeln machen sich gewiß diejenige Rechtsgelehrte schuldig, welche keck und dreist behaupten, daß der allgemeine Verzicht aller Einreden um der Ursache willen unwirksam sey, weil die Verzichte restrictiv erklärt werden müssen und auf weiter nichts bezogen werden dürfen, als was ausdrücklich, namentlich und mit deutlichen Worten gesagt worden indem sonst dem verzichtleistenden Theil Verbindlichkeiten aufgelegt würden, an die er gar nicht gedacht habe. Aber bey diesem ganzen Räsonnement geht man immer von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß das Besondere nicht im Allgemeinen enthalten sey, und daß der Verzichtleister an die besondere Einreden nicht gedacht habe. Aber da diese Voraussetzung, wie schon gezeigt worden, unrichtig ist, so kann man auch die daraus gezogene Folgerung unmöglich gelten lassen.

Der von den Practikern so oft mißverstandne und so oft mißbrauchte*) Satz: ad non cogitata non est trahendus consensus, will weiter nichts sagen, als daß man da keine Einwilligung annehmen dürfe, wo man diese Einwilligung nicht in Worten oder Handlungen (facta) ausgedrückt findet. Nichts ist vernünftiger und billiger, weil

---

nii Interpret. Jur. L. II. c. 30. §. 10. und Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile des Civilrechts 1ter Band S. 52. f.

*) Thomasius in Dissert. Acad. Vol. III. p. 695 not. K.

man sonst Jemand einen Consens andichten würde, den er nicht gehabt oder zu dem er sich wenigstens nicht erklärt hat. Aber wenn Jemand seine Einwilligung mit Worten zu erkennen gegeben hat, wie läßt sich's denn behaupten, daß man seine Einwilligung auf etwas beziehe, woran er, der Willenserklärer, nicht gedacht habe? Stryk verfährt hiebey höchst inconsequent. Er verwirft den allgemeinen Verzicht hauptsächlich deßwegen, weil man dabey Gefahr laufe, eine Entsagung der Rechte anzunehmen, an die der Verzichtleister nicht gedacht habe; und schreibt es doch bey dem Vergleich als eine nüzliche Cautel vor,*) daß man ausdrücklich der Exceptio non cogitatorum soll entsagen lassen. — Welch ein Widerspruch! —

Eben so ist es auch eine irrige Behauptung, daß man den allgemeinen Verzicht gegen die Absicht des Verzichtleisters ausdehne, wenn man ihn auch auf die besondern Einreden beziehe. Die Absicht des Verzichtleisters kann man doch nur aus seiner eigenen mit Worten ausgedrükten Erklärung erkennen.**) Wenn nun aber der Verzichtleister erklärt und gesagt hat, daß er sich aller und jeder Einreden begebe, so handelt man nicht gegen seine Absicht, wenigstens nicht gegen die, welche er zur Zeit der Verzichtleistung hatte (und eine andere verdient keine Rükſicht), wenn man annimmt, daß er bey dem Sprachgebrauch geblieben seyn werde, und

*) De Caut. Contr. Sct. III. cap. 7. §. 16.

**) Zachariä in der angef. Hermenevtik. S 47.

daß er, da er sich aller Einreden begeben hat, sich auch jeder besondern Einrede habe begeben wollen. — Es ist freylich nicht nur möglich, sondern auch, wie ich oben selbst zugestanden habe sehr gewöhnlich, daß ein Verzichtleister bey seinem Verzicht gar nichts denkt. Es ist möglich, daß ein Bürge, wenn er ein leichtsinniger und unbedachtsamer Mensch ist, bey dem allgemeinen Verzicht an diese oder jene Einrede nicht gedacht hat. Aber er hätte daran denken können und daran denken sollen. Hat er nicht daran gedacht, so ist es seine Schuld, und es geschieht ihm kein Unrecht, wenn ihm dieses Nichtdarandenken zugerechnet wird; und wenn er die Folgen seines Leichtsinns und seiner Unbedachtsamkeit büßen muß.*) Wenn es ein ausgemachter Rechtsgrundsatz ist, daß ein Irrthum eigentlich nur dem Irrenden, und nicht dem andern, der nicht geirrt hat, zum Nachtheil gereicht;**) wenn bey einem Transact der transigirende Theil mit der Ausflucht: er habe bey dem allgemeinen Vergleich an gewisse Forderungen nicht gedacht, nicht gehört wird;***) wenn man schon im Voraus den Gebrauch der Rechtsmittel entsagen kann;****) und

---

*) Alciatus de Praesumptionibus p. 348. Paria sunt scire vel scire debere.

**) Gundlingiana Part. XXXIII. num. I. §. 14. p. 226 sq. Hommel in Rhaps. obs. 784.

***) Hellfeld in all. Opusc. p. 70.

****) Gönner im Handbuch des Processes Band 3. S. 177.

wenn man sich sogar der Clausel: rebus sic stantibus begeben darf *), warum sollte denn der, welcher auf alle Einreden Verzicht gethan hat, mehr Gehör finden, wenn er hintennach und jezt, da er sich seinen Verbindlichkeiten entziehen will, vorgibt, er habe an diejenige Einrede, womit er jezt auftreten will, nicht — gedacht? — —

Noch ist der zweite Grund übrig, den man für die Nothwendigkeit der Certioration anführt. Man sagt nämlich, bei allen verzichtleistenden Personen sey eine Kenntniß derjenigen Rechtszuständigkeiten, worauf man Verzicht leisten wolle, nothwendig; aber eine solche Kenntniß könne man bei allen Personen, die keine Rechtsgelehrten seyen, und unsere lateinische Gesetzbücher nicht verstehen können, nicht voraussetzen. — Diesem Grund läßt sich aber Folgendes entgegensetzen.

Wären unsere Gesetzbücher auch alle in der Muttersprache geschrieben, so wird es doch wegen ihrer Weitläuftigkeit (ein Uebel, dem in unserem jetzigen civilisirten Zustand und in der jetzigen verwikelten Lebensart schlechterdings nicht abzuhelfen ist) nie möglich seyn, es dahin zu bringen, daß alle Unterthanen, oder auch nur der größere Theil derselben diese Gesetzbücher verstehen. Nicht einmal das wird möglich seyn, Allen und Jeden richtige Begriffe von den gewöhnlichsten Verträgen und Geschäften, in die sie sich einzulassen pflegen, beizubringen, und sie in den

*) Eberhards Beiträge zur Erläuterung der deutschen Rechte Thl. I. S. 31.

Stand zu setzen, bei solchen Verträgen und Geschäften, wenn sie von Wichtigkeit sind, des Raths und Beistands rechtsgelehrter Personen zu entbehren. Was ist nun aber hiebei zu thun? — Nichts anders, als was schon die römischen Gesetzgeber gethan haben, nämlich diejenigen, welche nicht selbst ihre Rechtsgeschäfte mit Geschiklichkeit, Ordnung und Klugheit betreiben können, anzuweisen, sich des Raths und der Beihülfe rechtskundiger Männer zu bedienen. Folgen die Unterthanen dieser Weisung, so ist, wenn nur erst diejenigen, welche Rath geben sollen, auch im Stande sind, guten Rath zu ertheilen, zu hoffen, daß sie gegen die übeln Folgen der Unwissenheit und Uebereilung gesichert seyn werden. Macht aber der Unterthan von dieser Anweisung keinen Gebrauch, nun so muß ihn der Gesetzgeber seinem Schiksal überlassen, weil er nicht noch mehr Personen, als die wirklich das Privilegium juris ignorantiae haben (ein Privilegium das für andere ziemlich unschädlich ist, weil es im Voraus ertheilt ist, und man also seine Einrichtungen darnach machen kann) von der Verbindlichkeit, das Gesetz zu wissen, befreien darf, ohne die Rechte des andern Theils zu gefährden. Es ist besser, daß ein Einzelner leide, als daß alles in Unordnung und Verwirrung gerathe. Es ist besser. daß von einigen wenigen auch eine billige Entschuldigung nicht angenommen werde, als daß von allen eine versucht werde. Es ist besser, keine Entschuldigung da gelten zu lassen, wo man so selten gewiß wissen kann, ob sie

nicht der Vorwand zur Ausübung einer Ungerechtigkeit sey. —

Man muß die Leute vor schädlichen Verträgen warnen, aber wenn sie Verträge geschlossen haben, sie zur pünktlichen Erfüllung ihrer Versprechungen und eingegangenen Verbindlichkeiten anhalten. Was den ersten Punkt anbelangt, so wäre zu wünschen, daß die Staatsverwalter mehr, als geschieht, dafür sorgten, dem gemeinen Mann richtigere und bestimmtere Begriffe beizubringen, den Schulunterricht zu verbessern und zwekmäßiger einzurichten, und es den Beamten auf dem Lande, den Pfarrern und Schulmeistern zur Pflicht zu machen, die Leute bei jeder schiklichen Gelegenheit vor leichtsinnigen Bürgschaftsleistungen, vor unbedachtsamen Verschenkungen ihres ganzen oder eines großen Theils ihres Vermögens und vor unüberlegten Vermögensübergaben und Alimentenverträgen ernstlich zu warnen. Und in Ansehung des andern Punkts muß es eine ihrer ersten Obliegenheiten seyn, Treu und Glauben zu befördern und zu befestigen, und in dieser Hinsicht die Unterthanen durch die Justizgewalt zu genauer Erfüllung ihrer eingegangenen Verpflichtungen anzuhalten, und ihnen nicht zu erlauben, durch Kunstgriffe und Chikanen den übernommenen Verbindlichkeiten auszuweichen. —

Aber, sagt Schmid, bei den meisten Verzichten ists doch der Fall, daß der Verzichtleister gar keinen Nutzen von seiner Verzichtleistung hat, Schaden von sich abzuwenden sucht, und folglich laut

des unten *) angeführten Gesetzes an seinen Verzicht nicht gebunden ist, wenn seiner Verzichtleistung eine Erklärung derjenigen Rechtszuständigkeiten, welche durch den Verzicht verlohren gehen sollen, nicht vorangegangen ist. — Aber die angeführte Gesetzstelle besagt das nicht, was der seel. Hofr. Schmid, einer von denjenigen meiner Lehrer, denen ich vieles verdanke, darinn gefunden haben will. Es wird darinn weiter nichts gesagt, als Rechtsunwissenheit schade nur alsdenn nach des Labeo Meinung, wenn der, welcher sich damit entschuldigen will, mit leichter Mühe sich entweder von einem Rechtsgelehrten hätte können belehren lassen, oder als Rechtsgelehrter dasjenige selbst hätte wissen sollen, was er nicht gewußt hat. Ferner berufet sich Schmid auch noch auf folgende Gesetze:

L. 7. D. de Jur. et Fact, ign. Juris ignorantia non protest acquirere volentibus: suum vero petentibus non nocet. und auf L. 8. D. ej. Tit. Caeterum *omnibus* juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.

Die L. 7. beweißt nichts für die Schmidsche Hypothese, weil sie weiter nichts sagen will, als daß die Rechtsunwissenheit Weibern und andern Per-

---

*) L. 9. §. 3. D. de Jur. et Fact. ign. Sed iuris ignorantia non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia.

sonen, welche das Privilegium Juris ignorantiae haben, nicht nachtheilig seyn solle. Die L. 8. ist wirklich für die Schmidsche Meinung. Aber es ist dabei folgendes zu bemerken. — Auf keinen andern Titel der Pandekten, als auf dem de ignorantia Juris et Facti haftet mehr der so oft gerügte Fehler, daß er eine Compilation von besondern Rechtsfällen ohne die erforderliche Unterordnung unter allgemeine Grundsätze enthält, und daß darinn große Verwirrung und Dunkelheit herrscht, weil darinn die Rechtssätze von der Ignorantia Juris und Facti so sehr untereinander geworfen sind. Titius hat schon erinnert *), daß es bei der Rechtsunwissenheit nicht darauf ankomme, was dieser oder jener alte Jurist behauptet habe. Ich geb ihm vollen Beifall, denn unsere Rechtswissenschaft muß zusammenhängend und vernünftig seyn. Gemäß diesem Grundsatz, muß man die Meinung eines alten Juristen so erklären, daß sie mit den Rechtsgrundsätzen anderer Juristen in Einklang kommt, oder wenn dies schlechterdings nicht thunlich ist, so muß man sie ganz

*) in Jur. Priv. Rom. Germ. L. I cap. 2. §. 30. Quare res potius invertenda, ac error juris, hic quoque regulariter pro voluntario habendus est, nam 1) obtinet ratio generalis §. 24. data. accedit 2) autoritas ratione subnixa, L. 9. dict. tit. nec obstat 3) d. L. 7. 8. dict. tit., *nam primo auctoritas ICtorum, ratione destituta, frustra allegatur, cum haec res ex principiis communibus sit expedienda*, deinde dict. LL. sunt referendae ad casum specialem etc.

verlassen, und die vernünftigen Rechtssätze anderer Juristen für Gesetze annehmen. Dieß vorausgesetzt, glaube ich, daß Titius recht hat, wenn er will, daß man zur Regel annehme, daß die Rechtsunwissenheit jedermann, nur diejenigen Personen ausgenommen, welche, wie z. B. das weibliche Geschlecht, das Privilegium juris ignorantiae haben, zugerechnet werde und Schaden bringe, wenn Einer rechtskundige Personen hätte um Rath fragen können, und es unterlassen hat. *) Wenn man die Sache von der Schädlichkeit ansehen und davon ausgehen will, wer eigentlich Schaden von sich abzuwenden trachte, so verwikelt man sich in Schwierigkeiten, die schwer zu heben sind, und nicht immer mit Hülfe der gewöhnlichen Regel beim Zusammenstoßen des Gewinns von der einen und des Schadens von der andern Seite, aus dem Weg geschaft werden könnten, denn oft sind es beide Theile, welche Verlust von sich abwenden wollen. Dieß ist öfters bei Bürgschaften der Fall, wo bei der Zahlungsunvermögenheit des Schuldners der Gläubiger Schaden erleidet, wenn der Bürge von seiner Verbindlichkeit, Entschädigung zu leisten, frei seyn will, und wo der Bürge in Verlust gesetzt wird,

*) Schaumburg in Comp. Jur. Dig. L. 22. T. VI. §. 3. p. 54. Qui in negotio, quod gerit, per leges ordinato, alios facile consulere potest, nec tamen consulit, culpam committit. Mit Schaumburg stimmt überein Reinhard in der Sammlung vermischter kleiner Schriften Stük 6. S. 52.

wenn ihn der Richter verurtheilt, dem Gläubiger Zahlung zu leisten.

Uebrigens ergibt sich aus der bisherigen Ausführung, daß ein Jeder, dem es darum zu thun ist, selbst für die Certioration zu sorgen und daß der andere Theil sich nicht darum zu bekümmern hat, ob und wie sie geschehen sey, und daß der andere Theil sich nur denn mit Grund auf die nicht geschehene Certioration berufen kann, wenn er entweder zu zeigen im Stande ist, daß er zu den Personen gehöre, welche das Privilegium Juris ignorantiae haben, oder wenn er beweisen kann, daß er keinen Rechtsgelehrten gefunden habe, bei dem er sich hätte Raths erholen können. Ein Beweis, mit welchem heutzutage schwer aufzukommen seyn möchte. —

Nur noch eine Bemerkung aus Gelegenheit der Certioration. — Es ist doch sonderbar und inkonsequent, daß man nur bei Verzichtleistungen so eifrig auf eine Certioration dringt, und doch bei so vielen andern noch wichtigern und verwikeltern Rechtsgeschäften, z. B. bei Veräußerungen sich um eine Rechtsbelehrung ganz und gar nicht bekümmert. —

Die Rechtsgelehrten, welche die Ungültigkeit eines allgemeinen Verzichts behaupten, verwickeln sich in Widersprüche. Sie sprechen dem allgemeinen Verzicht Gültigkeit, oder, was fast auf Eins hinaus läuft, Wirksamkeit ab, und wollen doch; daß ein solcher allgemeiner Verzicht alsdann gültig sey, wenn man dem besondern und nahmentlichen Verzicht einiger Einreden die allgemeine Verzichtsklausel

angehängt habe *). Wenn es aber schlechterdings nöthig ist, daß man einer jeden Einrede besonders und nahmentlich deswegen entsage, weil man sonst annehmen müßte, daß man an diejenigen Einreden, welche man nicht ausdrüklich genannt hat, auch nicht gedacht habe, so muß man auch annehmen, daß man troz der ausdrücklichen Entsagung auf zwei Einreden und troz der allgemeinen Verzichtleistung auf die übrigen nicht genannten, auf die dritte, deren nicht ausdrückliche Erwähnung geschehehen ist, kraft des Satzes: unius inclusio est alterius exclusio, um so weniger Verzicht geleistet habe, weil man, wenn z. B. der Bürge der Einrede des Betrugs und des Zwangs ausdrüklich und nahmentlich entsagt und darauf die allgemeine Verzichtsclausel hat folgen lassen, zu vermuthen Ursache hat, daß der Bürge die Einrede der Excussion wohlbedächtlich und absichtlich nur darum nicht auch genannt habe, weil er sich derselben nicht habe begeben wollen. Wie übel hängt doch diese Theorie zusammen! Einmal soll der allgemeine Verzicht gar nichts gelten, und das anderemal soll er gar die Zauberkraft haben, daß er da wirksam seyn soll, wo er nach der wahrscheinlichen Absicht des Verzichtleisters gar nichts wirken kann. Wenn man in den Schriften der Juristen auf solche Ungereimtheiten und Widersprüche stößt, kann man alsdenn,

---

*) Stryck de Cautel. Contr. Sct. I. c. V. §. 2. Berger ball. p. 391. Mevius in Dec. P. IX. dec. 186.

und wenn man schon auch selbst zur Classe der Rechtsgelehrten gehört, auf den Geh. R. Jacobi wegen der unten angeführten bittern Stelle*) noch böse seyn? —

Stryk, scheint es, hat die Ungereimtheit dieser Lehre selbst eingesehen, und daher derselben durch eine Modification abhelfen wollen. Er sagt nämlich, die ausdrüklich genannte Einreden, worauf man Verzicht gethan habe, mußten mit denen, welche übergangen worden, in einer gewissen Verbindung stehen. — Aber damit ist der Sache nicht geholfen, und dieser Widerspruch hört nicht auf, ein Widerspruch zu seyn, denn wenn z. B. ein Bürge den zwey Ausflüchten der Theilung und der Excussion ausdrücklich und besonders entsagt und dem besondern Verzicht dieser zwey Einreden, noch die allgemeine Verzichtsclausel angehängt hat, läßt sich denn da behaupten, daß er der Einrede des nicht gezahlten Geldes, auf die er nicht auch ausdrücklich Verzicht gethan hat, habe stillschweigend entsagen wollen? Ist's nicht viel wahrscheinlicher, daß er die Einrede des nicht gezahlten Geldes neben den beyden andern, nämlich der der Theilung und Excussion nur darum nicht auch ausdrücklich genannt habe, weil er von derselben hat Gebrauch

*) Vermischte Schriften von Fr. Heinr. Jacobi Thl. 1. S. 49 f.

machen und sich dieselbe stillschweigend hat vorbehalten wollen. Sollte nicht diese Erklärung der Absicht des Renunzirenden und auch der Analogie des Rechts gemäßer seyn? *) Ein Verkäufer macht sich implicite von gewißen Entwährungen oder deren Verantwortlichkeit los, wenn er wegen gewisser Personen, also auch wegen gewisser Arten der Entwährnng sich besonders zu haften anheischig macht. Denn in einem solchen Fall ist es, als wenn er sich von der Entwährung anderer Personen oder von andern Arten der Entwährung habe frey machen wollen.**)

Da es mir ernstlich um Wahrheit zu thun ist, so will ich ehrlich seyn, und einen Beweisgrund nicht verschweigen, der in dem c. 4. X. de Procur. für die von Stryk und von andern behauptete Meynung liegt, ob ihnen schon diese Stelle entgangen ist. Der Pabst sagt nämlich darin, daß bey allen Handlungen von Wichtigkeit eine allgemeine Voll-

---

*) Zur Erläuterung und Bestätigung des Gesagten setze ich noch folgende Belege her: Ludovici in D. an species deroget generi schreibt cap. II. §, 8. Species praecedens restringit genus sequens. L. 195. D. de R. I. Expressa nocent, non expressa non nocent. L. 9. de Servitut. Quaedam in sermone tacite excipiuntur. L. 100. §. 1. D. de legat. 3.

**) Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. S. 335.

macht nicht hinreichend sey, daß aber, wenn in der Vollmacht einige Handlungen namentlich angeführt und die allgemeine Clausel beygefügt worden, so soll die Gültigkeit der Vollmacht sich auch auf diejenige Handlungen erstrecken, welche nicht besonders genannt worden. In dieser Stelle liegt, ich gestehe es, ein so starkes Argument für die Strykische Cautel, daß es mich wundert, wie Stryk davon nicht Gebrauch gemacht hat. Aber die Beweiskraft in dieser Stelle ist doch nur scheinbar. Immerhin mochte das Oberhaupt der Kirche in dem angeführten Text festsetzen, daß bey processualischen Handlungen von Wichtigkeit eine allgemeine Vollmacht nicht genüge; es konnte doch damit dem Verstande in Beurtheilung dessen, was aus gewissen Handlungen oder Unterlassungen gefolgert oder nicht gefolgert werden kann, kein Gesetz vorschreiben. —

Noch darf ich auch nicht mit Stillschweigen übergehen, daß die Parömie: Gemeine Verzeihung, ohne vorgenannte genugsame Ursach einer sondern, hat keine Kraft, meiner Behauptung ganz entgegen ist. Aber diese Parömie ist, wie Eisenhardt bemerkt hat,*) aus dem römischen Recht entlehnt, da sie nun aber darin wirklich nicht gegründet ist, indem

*) In den Grundsätzen der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, S. 477.

solches von dem Schöffen, der diese Parömie erfunden hat, unrichtig verstanden worden, so hat sie] (diese Parömie) keine Gesetzeskraft.*) Hert,**) welcher die Richtigkeit dieser Parömie behauptet beruft sich zwar auf L. 27. D. de Operis Libert. L. 192. D. de Verb. Sign. und L. 67. §. 3. D. de Condict. indeb. Aber daß die zwey ersten dieser Gesetze gar nichts für Herts Behauptung beweisen, davon wird man überzeugt, wenn man nur gute Augen hat. Und das dritte Gesetz entscheidet nichts gegen die Gültigkeit allgemeiner Verzichte, sondern beweist wie schon Godefroi der Aeltere; bemerkt hat, nur für den Satz: ad non cogitata haut trahendus est consensus.

Wenn schon übrigens der Satz: ein allgemeiner Verzicht ist unverbindlich, nicht gegründet und vernunft= und gesetzwidrig ist, so mag doch die Absicht des Stryk und der andern Juristen, die solchen in Schutz genommen haben, gut gewesen seyn. — Oft genug mag Stryk aus den vielen

*) Kind in Propr. de Jurisprudentia Germanorum Paroemi, p. 11. Quaecunque igitur paroemiae nec legis auctoritate nituntur, nec qnae parem cum hac vim habet, consuetudine adjuvantur; inter paroemias juris falso referuntur, nec ex iis causae controversae decidi possunt.

**) In Paroem- Jur. Germ. Epid. paroem. XXV.

Acten, die er zu lesen bekommen, und aus Verträgen aus Acten seiner Collegen von dem Notariatunfug mit Verzichtsclauseln, und von dem Spielwerk, das damit getrieben wird, überzeugt worden seyn. Aergerlich und aufgebracht über den Mißbrauch bey Verzichtsclauseln, auch daneben seines großen Ansehens in der juristischen Welt sich bewußt, (denn er war zu seiner Zeit und auch noch viele Jahre nach seinem Tod das Orakel der Practiker und juristischen Geschäftsmänner) mag er einen Beruf in sich gefühlt haben, diesem Unwesen, so viel er konnte, zu steuren, und durch Modifikanen und Einschränkungen die Verzichtleistungen zu erschweren. Was in solchem Fall so oft zu geschehen pflegt, ist auch Stryken begegnet. In seinem Unwillen über den Mißbrauch bey Verzichtsclauseln schüttete er das Kind mit dem Bade aus, und indem er Ungerechtigkeiten verhüten wollte, öfnete er andern Ungerechtigkeiten Thür und Thor. Die Mittel, die er, um diesem Mißbrauch zu wehren, vorschlug, brachten schlimmere Wirkungen hervor, als diejenigen waren, denen er abhelfen wollte. Und mit seinen Juris Formulis, ancupatione syllabarum insidiantibus*) giebt er nur zu oft Veranlassung, daß der ehrlichste Mann wegen ein paar

---

*) So nennt sie sehr treffend Kaiser Constantin, oder nach Godefroi ad L. 1. C. Theod. de omiss. act. impet. Kaiser Theodosius der jüng. in der L. 1. C. de Form. et impet. act. subl.

Worte weniger, die der Verfasser eines für ihn schriftlichen aufgesezten Contracts entweder aus Versehen, oder absichtlich und weil er von dem andern Contrahenten bestochen ist, weggelassen hat, seine wohl erworbene und oft theuer erkaufte Rechte verliert.

Mag aber Stryk eine Absicht gehabt haben, welche er wolle, so gieng es ihm, wie seinem von ihm so höchlich verehrten Kaiser Justinian auch gegangen ist, welcher in der Vorrede zur 111ten Novelle folgendes Bekenntniß, das von jedem Gesetzgeber und Reformator beherzigt werden sollte, ablegte: Quod medicamenta morbis, hoc exhibent jura negotiis, unde consequitur, ut nonnunquam a judicio discordet effectus, et quod credebat conjectura prodesse, experimento inveniatur inutile. Man muß es dem Kaiser Justinian verzeihen, daß er statt des inutile nicht gesezt hat: noxium. —

Endlich war Stryk als Polygraph und als Chef eines der berühmtesten Spruchcollegien Teutschlands einer der beschäftigsten Männer. Ein Mann, der so vieles schrieb, konnte, wenn ihn die Natur auch mit höheren Geisteskräften ausgerüstet gehabt hätte, als sie ihm wirklich hatte zu Theil werden lassen, doch unmöglich das viele, was er schrieb, auch reiflich überdenken, und es wäre ein Wunder

gewesen, wenn sich in seine viele Schriften nicht auch viele unrichtige Meynungen eingeschlichen hätten. —

Daß Stryk, Ziegler, Mevius und von Berger an die Lehren, die sie von der Ungültigkeit einer allgemeinen Verzichtthuung auf Einreden vortrugen, selbst nicht mögen geglaubt haben, ist sehr wahrscheinlich. Denn wie könnte man es sich sonst erklären, daß Stryk und von Berger, sie, die auf den Satz: ad non cogitata haud est trahendus consensus so viel Gewicht legen, und daraus so strenge gegen die Gültigkeit der allgemeinen Verzichte argumentiren; sie, die so unerläßlich reife Ueberlegung und onixam voluntatem bey Verzichtthuungen fordern; doch unter gewissen Umständen eine Verzichtleistung auf künftige Rechte, von deren Beschaffenheit und ganzen Umfang man doch selten ganz genau unterrichtet seyn kann, zulassen? — Wie könnte man sich es sonst erklären, daß sie eine stillschweigende Verzichtthuung gelten lassen, und doch eine allgemeine Entsagung auf Rechte und Einreden darum verwerflich finden wollen, weil eine solche Entsagung nicht ganz bestimmt, deutlich und mit Worten ausgedrückt sey, da doch bey den Handlungen, woraus man einen stillschweigenden Verzicht gewöhnlich zu folgern pflegt, öfters eine Zweydeutigkeit herrscht, die bey einer allgemeinen Verzichtthuung nicht anzutreffen ist? Wie könnte man sich es endlich auch noch erklären, wie von Berger

S. 391 schreiben konnte: *renunciatio enim quantum cunque generalis solum ad casus similes expressis, vel minores expressis porrigitur*, und doch den allgemeinen Verzicht verwerfen und behaupten mochte, bey Verzichtleistungen finde interpretatio — *strictissima* — statt? —

III.

Von
dem verabredeten Proceß.

§. 1.

Mir sind nur zwey Schriften bekannt, in welchen der Gegenstand meiner Abhandlung besonders bearbeitet worden ist. Die eine ist von Georg Gottlieb Ritter, J. U. D. und hat den Titel: de Compromissis Fori Germanici in Judicem competentem factis. Altdorf 1693. Sie füllt 50 Seiten in 4. aus. Die andere, welche den ehemaligen Altdorfschen Rechtslehrer Heinrich Hildebrand zum Verfasser hat, nach der damaligen Lehrart beurtheilt, nicht übel geschrieben ist, und 29 Quartseiten einnimmt, hat die Aufschrift: de Processu conventionali Altdorf 1698. Es ist befremdend, daß die Ritterische Abhandlund, obschon darin mehr Belesenheit und Urtheilskraft herrscht, als in der Hildebrandschen, von den Schriftstellern, welche die Hildebrandsche allegiren, und selbst nicht von Hildebrand, welcher doch seine Abhandlung auf der nämlichen Universität schrieb, auf welcher 5 Jahre vorher die Rittersche zum Vorschein kam, angeführt wird.

§. 21.

Unterthanen sind keine Sklaven. — Sie haben bey ihrem Eintritt in den Staat nicht die Frey-

heit aufgegeben, in all' ihren Geschäften, welche mit der gemeinen Wohlfart in keiner genauen Verbindung stehen, durch einseitige Handlungen und Verträge nach ihrer Willkühr zu disponiren.*) Diese Freyheit erstrekt sich auch auf das gerichtliche Verfahren, oder auf die Art und Weise, wie die Unterthanen ihre Rechtszuständigkeiten vor Gericht geltend machen wollen. Die von den streitenden Theilen durch Vertrag festgesezte Art und Weise, wie ihre streitige Rechtssache vor dem zuständigen Richter verhandelt und entschieden werden solle, nennt man den Conventionalproceß, bedungenen Proceß, gewillkührten Proceß oder auch compromissorischen Prozeß. Mir scheint der Name: verabredeter Prozeß, der passenste zu seyn, denn der Name: Conventionalproceß, ist unteutsch, und der Ausdruck: gewillkührter Proceß, könnte leicht auf Idee von Willkührlichkeit, welche doch bey dem verabredeten Proceß gar nicht statt hat, führen; und der Ausdruck, compromissorischer Prozeß ist eigentlich nur der Name für den schiedsrichterlichen Proceß. Eben deßwegen und um den verabredeten Proceß von dem schiedsrichterlichen Proceß zu unterschei-

*) Ueber den vielumfassenden Rechtssatz: Provisio hominis tollit provisionem legis hat der seel. Präsident von Tewenar in dem Versuch über die Rechtsgelahrheit, in der Einleitung und in der Theorie der Beweise im Civilproceß S. 2 ff. einen treflichen Commentar geliefert.

den*) hab ich in der Defination den Ausdruck: vor dem competenten Richter, wohlbedächtlich gebraucht, weil sich hauptsächlich hierin der verabredete Proceß von dem schiedsrichterlichen Proceß unterscheidet. Einem andern als dem competenten Richter können die Partheyen die Untersuchung und Entscheidung ihres streitigen Rechtshandels darum nicht übertragen, weil keinem, welchem vom Staate die richterliche Gewalt nicht anvertrauet ist, die Uebereinkunft der Partheyen diese erhabene Eigenschaft verleihen kann, und weil nur der Richter, welcher über den Verklagten den Gerichtszwang hat, dem Kläger zu seinem Recht zu verhelfen im Stande ist.**)

Weil auch bey einer einem Schiedsrichter zur Entscheidung übertragenen Rechtsstreitigkeit das processualische Verfahren durch Uebereinkunft der Partheyen nach L. 32. §. 15. D. de Recept. bestimmt werden kann; so scheint, wenn dieß geschieht, kein Unterschied unter dem schiedsrichter-

---

*) Ueber diesen Unterschied kann man J. H. Böhmer in Jur. Eccles. Prot. L. I. Tit. 43. §. 4. und Ludovici in Usu Pract. Dist. Jur. L. IV. Tit. 8. diss. 3. nachsehen.

**) L. 3. C. de Juris d. omnium Jud. Privatorum consensus judicem non facit eum; qui nulli praeest judicio, nec quod is statuit, rei judicatae continet auctoritatem.

lichen und verabredeten Proceß zu seyn;*) aber da bey dem römischen schiedsrichterlichen Proceß der competente Richter vermöge L. 3. §. 3. und L. 9. §. 2. D. de Recept. nicht Schiedsrichter seyn konnte, dieß aber eben bey dem teutschen verabredeten Proceß der Fall ist, so unterscheidet sich allerdings hierin der verabredete Proceß von dem schiedsrichterlichen genug, anderer Unterscheidungszeichen nicht zu gedenken. Freylich haben auch in Teutschland die Parteyen die Befugniß ihre Streitigkeiten auch von einem Privaten, oder auch einer obrigkeitlichen Person, die aber ihr competenter Richter nicht ist, untersuchen und entscheiden zu lassen. Aber wenn dieß geschieht, so ist ihr Proceß kein verabredeter, sondern ein schiedsrichterlicher Proceß, und die Parteyen entbehren alsdann aller der Vortheile,**) welche der verabredete Proceß gewähret.

§. 3.

Daß bey solchen das gerichtliche Verfahren

---

*) Gundling in seinen Protis äussert sich hierüber S. 416. also: Quod compromissum juris Germanici nec genuinum est compromissum, nec judicium domesticum, sed judicium verum a consueto juris ordine paullulum, partium pacto interveniende, declinans.

*) Ueber diese Vortheile sehe man Georg Beyer in Posit. ad Pand. L. IV. T, 8. §. 6 — 10. und Hofmann's Reichspraxis B. 1. §. 317.

bestimmenden Verabredungen, so wie bey allen andern Verträgen, nöthig ist, daß die paciscirende Personen das physische und moralische Vermögen haben, ihren Willen zu erklären; daß sie ihre Einwilligung ausdrücklich sowohl als stillschweigend durch Handlungen, mündlich oder schriftlich erklären können; und daß sie, um ihrer Verabredung mehr Festigkeit und Wirksamkeit zu verschaffen, vom Eyd, von Conventionalstrafen und andern dergleichen Mitteln Gebrauch machen können, braucht nur bemerkt aber nicht weitläuftig ausgeführt zu werden. Auch kann eine solche Verabredung sowohl vor Entstehung des Processes, wie z. B. der Fall ist, wenn bey dem Darlehen der Schuldner verspricht, sich dem Executivproceß zu unterwerfen, als auch erst alsdann; wenn der Proceß schon anhängig ist, geschehen. Eben so kann eine solche Verabredung sowohl gerichtlich als aussergerichtlich zu Stande kommen. Auch kann durch eine solche Verabredung entweder das ganze gerichtliche Verfahren bestimmt werden, oder es können dadurch nur einzelne processualische Handlungen eine von der Vorschrift des gemeinen gesetzlich eingeführten Processes abweichende Bestimmung erhalten. Wenn das Leztere der Fall ist, so muß das, was die Paciscenten unbestimmt gelassen haben, aus dem provisorischen Recht ergänzt, und nach den Regeln des gemeinen Processes beurtheilt und entschieden werden. Dasjenige, was bey andern Verträgen eine Ungültigkeit macht, ist auch hier von gleicher Wirkung. Es ist daher leicht zu ermessen, daß ein Betrug,

ein gebrauchter Zwang und andere ähnliche Ursachen, der Verbindlichkeit dieser Verabredungen zuwider sind.

§. 4.

Weil Klage, Vorladung, Beweis, Urtheil und Vollstrekung des gefällten Urtheils wesentliche Bestandtheile eines jedweden Processes sind,*) so versteht es sich von selbst, das diese durch Verabredung nie abgeändert oder aufgehoben werden können, sondern auch bey dem anbedingten Proceß beybehalten werden müssen. Ritter**) will die Vorladung für kein wesentliches Stück des Processes gehalten wissen, weil sich der Fall ereignen könne, daß beyde Theile ohne vorhergehende Verabredung vor Gericht erscheinen. Zwar läßt sich dieser Fall gar wohl denken. Aber wenn der Verklagte troz seines Versprechens bey der Verabredung doch nicht gutwillig vor Gericht erscheint, so muß er doch, weil ihn der Kläger nicht mit Gewalt und an den Haaren vor Gericht ziehen darf, vom Richter vorgeladen, und wenn er ungehorsam ist, durch Zwangsmittel dazu angehalten werden. Auch kann der Fall eintreten, daß der Verklagte sein Versprechen,

---

*) Einige Juristen bestimmen diese wesentliche Stücke des Processes anders, ich bin aber Zachariä in den Anfangsgründen des philosophischen Privatrechts S. 238 ff. ff. gefolgt.

**) In der angef. Disp. §. 44.

sich dem Urtheil zu unterwerfen, unerfüllt läßt; wo alsdann, wenn ihm das Urtheil Zahlung auferlegt, und er diese nicht leistet, Zwangsmittel gebraucht werden müssen, weil sich doch der Kläger nicht eigenmächtig zu seinem Recht verhelfen darf.

§. 5.

Weil alle Verträge, welche nicht ausdrüklich in den Gesetzen verboten sind, für erlaubt gehalten werden müssen, so bedarf es für den verabredeten Proceß keines besondern Rechtfertigungsgrundes, sondern diejenige, welche die Gültigkeit desselben läugnen, müssen ein verbietendes Gesetz anführen. Zwar will man in dem in L. 38. D. de Pactis stehenden und in dem römischen Recht oft wiederholten Satz: Jus Publicum privatorum pactis mutari non potest, ein solches Verbot gefunden haben. Aber Herr Hofr. Glück*) hat gründlich gezeigt, daß der angeführte Rechtssatz keinen andern Sinn als den habe, daß das, was die Gesetze zum gemeinen Besten verordnet haben, durch Verträge zum Nachtheil Anderer nicht abgeändert oder aufgehoben werde könne. Dieser Satz beweist also gegen den verabredeten Proceß nichts, weil derselbe an und vor sich den Rechten anderer

*) In der Erläuterung der Pandecten Thl. I. §. 13. S. 96. Vergl. J. H. Böhmer in Exercit. ad Pand. T. I. p. 640.

keinen Eintrag thut. — Und es hab auch mit dem öffentlichen Rechte der Römer*) für eine Bewandniß welche es wolle, so läßt sich doch nicht beweisen, daß die Römer diejenige Verträge, welche das gerichtliche Verfahren normiren, und auf eine Abweichung von den Gesetzen, welche das gerichtliche Verfahren bestimmen, hinauslaufen, für ungültig und für verboten gehalten haben. Weit mehr erhellet aus denjenigen Beyspielen, welche in den Pandecten von solchen abweichenden Verträgen, hin und wieder und insbesondere in L. 6. §. 14. L. 27. §. 4. D. de Pactis, in L. 1. §. 10. D. de nov. oper. nunc. in L. 4. und L. 26. de re judic. und in L. 1. 3. D. a quibus appellare non licet vorkommen, daß dergleichen von dem gemeinen Recht abweichende Verabredungen immer erlaubt und nur dann verboten gewesen sind, wenn sie sich mit der gemeinen Sicherheit und dem öffentlichen Interesse nicht vertrugen. In diesem Glauben wird man um so mehr bestärkt, wenn man sich der hohen Begriffe der Römer von bürgerlicher Freyheit, wovon man in den Pandecten noch so viele Spuren antrifft,**) und ihres so ge=

*) Von der mancherley Bedeutung des Jus publicum im römischen Recht handeln kurz und gut Otto in Comment. ad Inst. L. 1. Tit. 1. §. 4. und Goeddaeus in Comm. ad Tit. Pand. de Verb. Signif. p. 89. sqq.

**) S. Georg Beyer in der Vorrede zu den Posit. ad Pand. und in den Posit. ad Pand. L. I. Tit. 2 und L. V. Tit. 1. §. 159. not. 1.

flissentlichen Bestrebens, fast allen gerichtlichen Handlungen die Maske der freiwilligen Uebereinkunft umzuhängen *), erinnert.

Auch das canonische Recht, welches eine so reichhaltige Quelle processualischer Vorschriften ist, erkennet die Erlaubniß, durch Verabredung das gerichtliche Verfahren anders, als es in den Gesetzen geschehen ist, zu bestimmen, in der bekannten Clem. 2. de Verb. Sign. in folgender Stelle ganz bestimmt und ausdrüklich an: si tamen in praemissis casibus solemnis ordo in toto vel in parte *non tontradicentibus partibus*, observetur, non erit Processus propter hoc irritus, nec etiam irritandus.

§. 6.

Uebrigens schränken diejenigen Juristen die Freiheit der Unterthanen, durch Verabredungen ein von der Proceßordnung abweichendes Verfahren festzusetzen, zu sehr ein, welche es für unerlaubt halten, die gesetzlich eingeführten Proceßformalitäten abzuändern. Daß diese Einschränkung ungegründet sey, könnte leicht durch eine weitläuftige Induction bewiesen werden, wenn nicht schon der Ungrund jener Einschränkung daraus genug erhellte, daß die Fatalien der Appellation, die doch unstreitig zu den Pro=

*) S. Malblanc in Doctr. de Jurejurando L. III. §. 39. und der daselbst angef. Winkler.

ceßformalitäten gehören, durch Uebereinkunft der Partheyen, wie unten umständlich gezeigt werden soll, abgeändert werden können.

Um die Unterthanen gegen richterlichen Despotismus sicher zu stellen, um die Richter sowohl als die Parteyen an eine gewisse kalte Ordnung zu binden, und um die proceßführenden Theile vor richterlicher Willkühr, Gewalt, List und Uebereilung zu bewahren, haben die Gesetzgeber beim ordentlichen Proceß viele Formalitäten eingeführt, Formalitäten, welche zwar den Proceß sehr schwerfällig, langsam und kostspielig machen, welche aber doch gewiß weit mehr Gutes als Böses stiften. Zwar haben schale Witzlinge in Versen schon oft über Proceßformalitäten gespöttelt, und kurzsichtige Philosophen, denen es an Erfahrung und Kenntniß der Geschäfte fehlte, haben in Prosa gegen Proceßformalitäten argumentirt, aber Witzlinge und Philosophen hatten nicht Ursache, darüber zu spötteln und dagegen zu argumentiren. Zwei große Männer, die gewiß noch niemand für Pedanten gehalten hat, und die, wenn sie die Nothwendigkeit der Formalitäten behaupteten, nicht für ihr eigenes Interesse predigten, und, wie Cicero pro domo sprachen Montesquieu *) und Gibbon **) haben die Nothwendigkeit der gerichtlichen Formalitäten auf die überzeugendste Art be-

*) Esprit des Loix Liv. VI. chap. 2.

**) In der Geschichte des Verfalls und Untergangs des römischen Reichs Cap. 44.

wiesen. Unverkennbar ist es, daß die Gesetzgeber bei Einführung der vielen Formalitäten im ordentlichen Proceß hauptsächlich und vorzüglich die Wohlfahrt und Sicherheit der Unterthanen zum Zwek gehabt haben *). Wohlthaten aber darf man niemand aufdringen, und man darf niemand gegen seinen Willen Gutes thun. Glauben die Unterthanen, daß in einem gewissen Fall die gesezliche Vorsicht, sie durch mehrere Formalitäten sicher zu stellen, unnöthig sey, und finden sie es ihrer Convenienz gemäß, einer schnellen, ob schon nicht ganz so gründlichen Erörterung und Entscheidung ihrer Streitigkeit vor einer ganz sichern, aber späteren und mit mehr Kostenaufwand verbundenen Untersuchung und Entscheidung ihres Rechtshandels den Vorzug zu geben, wer kanns ihnen wehren? Ist es doch den Unterthanen erlaubt, einem Schiedsrichter die rechtliche Entscheidung ihrer Irrungen zu überlassen; ist es ihnen vergönnt, durch einen Transakt unter sich auszumachen, was unter ihnen Recht oder nicht Recht seyn soll; ist es ihnen erlaubt, ihren Rechtsstreit von einem Eyd abhängen zu lassen, warum sollte es denn unerlaubt seyn, das gerichtliche Verfahren durch Verabredungen zu bestimmen? — Daß die auf Vereinfachung und Verkürzung des gewöhnlichen processualischen Verfahrens abzwekende Verabredungen erlaubt seyen, ergibt sich schon allein

*) Ziegler de Officio Judicis concl. XV. §. 51. p. m. 293. und Zachariä in den Wissenschaften der Gesetzgebung S. 270.

daraus, weil es an Proceßordnungen nicht fehlt, welche es den Gerichten zur Pflicht machen *), bei Entstehung eines Processes den Parteyen eine solche Verabredung ernstlich anzurathen.

§. 7.

Daß die Parteyen an statt des ordentlichen Processes den summarischen durch Vertrag festsetzen können, giebt man meistens zu; hingegen halten es Viele und selbst Brunnemann **), der doch sonst dem verabredeten Proceß gar nicht abgeneigt ist, und Ritter ***) für bedenklich, in Sachen und Fällen, wo das gemeine Recht den summarischen Proceß vorgeschrieben hat, den Parteyen die Befugniß einzuräumen, den ordentlichen Proceß zu erwählen. Man hält es darum für bedenklich, weil der ordentliche Proceß dem Richter mehr Mühe und Zeitverlust verursacht, als der summarische. Aber dieser Grund ist nicht hinreichend, um den Parteyen die Befugniß abzusprechen, statt des summarischen den ordentlichen Proceß zu wählen. Weil einer der Parteyen und fast immer dem Kläger selbst daran

---

*) Ritter in der angef. Disp. S. 17. Sigel in D. de arbitrio ex Juribus Romanis et Germanicis illustrato c. II. §. 11. S. 27. und Thomasische Gedanken und Erinnerungen über allerhand auserlesene juristische Händel, 4. Halle 1720. Thl. II. S. 29.

**) de Processu civili c. I. num. 17.

***) In der alleg. Disp. S. 30.

gelegen ist, daß ihm bald zu seinem Recht verholfen werde, so wird eine solche Uebereinkommniß unter den Parteyen eine so seltene Erscheinung seyn, daß nicht zu befürchten ist, es werde den Gerichtshöfen nicht noch so viel Zeit übrig bleiben, um mit einem Proceß mehr im ordentlichen Rechtsgang fertig zu werden. — Daß dieser Grund überhaupt gar nichts entscheiden könne, ergibt schon allein aus folgender Betrachtung. Wenn jemand auf klare Brief und Siegel im Executivproceß klagen könnte, dafür aber sein Recht im ordentlichen Proceß verfolgt, so muß sich ja der Richter diese Weitläuftigkeit auch gefallen lassen *). Ohnehin beschuldigt man die Gerichte, daß sie um der lieben Sporteln willen die processualischen Handlungen selbst nur zu gerne vervielfältigen und verlängern. — Wenn diese Beschuldigung Grund hat, so ist Brunnemanns ängstliche Besorgniß ganz ungegründet. Endlich beweisen Gründe von der Convenienz hergenommen, nichts. Genug, daß nach klarer Disposition der schon angeführten Clem. 2. de Verb. Sign. die Parteyen die Befugniß haben, an statt des summarischen den ordentlichen Proceß zu erkiesen.

§. 8.

Aber so willkührlich die Parteyen die Proceßart im Ganzen (denn von einzelnen Theilen wird nn-

---

*) Gönners Handbuch des Processes B. 1, S. 329. und B. 2. S. 117. der erst. Ausg.

ten die Rede seyn) gewöhnlich und der Regel nach durch Verträge bestimmen dürfen; so giebt es doch einige Fälle, wo eine verabredete Abweichung von dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren nicht statt hat; und zwar darum nicht, weil 1) die gesetzlich eingeführte Proceßart das einzige mögliche Mittel ist, einen Rechtshandel in seiner gegebenen Lage auszumachen und zu endigen, oder weil 2) der Streit einen Gegenstand betrifft, über den die processirende Personen nicht disponiren dürfen; oder weil 3) der Proceß einen Gegenstand angeht, wobei Gefahr auf dem Verzug haftet.

1) Der Concursproceß hat so viele Eigenheiten, es entstehen bei Auseinandersetzung des ganzen verschuldeten Vermögens eines Menschen so viele besondere Geschäfte, und es kommen beym Concurs so vielerley wichtige Rücksichten vor, daß sich eine Vereinbarung der dabey intertereſſirten Personen nicht nur nicht denken läßt, sondern auch, wenn sie möglich wäre, doch nicht erlaubt werden könnte *).

2) Bei Eheprocessen kommt oft das gemeine Wohl ins Spiel; wenn dieß der Fall ist, und wenn in Ehesachen weder ein Transact noch Compromiß erlaubt ist, so können auch Verabredungen der Parteyen, in so weit solcher dadurch abgeändert würde, nicht gültig seyn. So können z. B. Eheleute, wenn sie eine Trennung ihrer Ehe verlangen, unter einander nicht ausmachen, vor Ehegericht nicht persönlich im ersten Termin erscheinen zu wollen. Hingegen

*) Gönner im angef. Handbuch B. IV. S. 170.

bei einigen andern Streitigkeiten, wo man sonst eine Vereinbarung der Partheyen auch für unerlaubt halten will, z. B. in Mercantilsachen möchte kein hinreichender Grund da seyn, eine Vereinbarung der Parteyen über die Proceßart für unzulässig zu achten. Wenn unter zwei Handelsleuten wegen eines Pfeffersaks Zank und Hader herrscht, warum sollten sie denn nicht unter sich ausmachen können, daß ihre Streitigkeit, welche ohne Vereinbarung im summarischen Proceß würde verhandelt werden, im Gang des ordentlichen Processes untersucht und entschieden werde, da es ja dem Staate ganz gleichgültig seyn kann, ob der Proeeß wegen eines Pfeffersaks bälder oder später beendigt wird?

3) Wenn bei einer Rechtsstreitigkeit Gefahr auf dem Verzug haftet, so kann durch Uebereinkunft der Parteyen nicht ausgemacht werden, daß anstatt des summarischen Processes der ordentliche Rechtsgang beobachtet werden solle. Dieß kann öfters der Fall in Bausachen, Begräbnißsachen, Handwerksstreitigkeiten u. dgl. seyn. Wenn in solchen Sachen ohne Gefahr der ordentliche Proceß nicht statt haben kann, so steht es auch nicht in der Wahl der Parteyen, unter sich zu verabreden, daß ihr Rechtshandel im Wege des ordentlichen Processes verhandelt und entschieden werde. Aber immer und in allen Fällen haftet doch nicht in Bausachen, Begräbnißsachen und Handwerksstreitigkeiten eine Gefahr bei der Verweilung, und alsdenn kann auch den streitendeu Personen nicht verwehrt werden, an statt des summarischen durch Geding den ordentlichen Proceß festzu=

setzen. Wenn zwei Bürger wegen Reparation eines abgelegenen Hauses, welches ohne Feuersgefahr und ohne einzustürzen, in seinem baufälligen Zustande noch mehrere Jahre bleiben kann, untereinander streiten, warum sollte ihnen nicht gestattet seyn, ihren Proceß mit Beobachtung aller Formalitäten vor Gericht auszufechten? Was liegt der Polizey und den Einwohnern einer Stadt, wenn ein Leichnam schon begraben ist, daran, ob der unter den Anverwandten des Verstorbenen wegen der Begräbnißkosten entstandene Streit summarisch oder im Gang des ordentlichen Processes untersucht und beendigt wird? Wird die gemeine Wohlfahrt gefährdet, und hat die Polizey wohl Ursache, sich in den Handel zu mischen, wenn im ordentlichen Proceß mehrere Jahre darüber gestritten und debattirt wird, ob ein Meister, der sich seines Meisterrechts begeben hat, gleichwohl seinem eignen Sohne das Handwerk noch lehren könne? *)

§. 9.

Ich halte es für unnöthig, nach dem Beyspiel Hildebrandts und Ritters die Befugniß der Parteyen die processualischen Handlungen durch Verabredung anders zu bestimmen, als in der Proceßordnung geschehen ist, bei jedem Auftritt des Processes besonders und ausdrüklich darzuthun, weil, wenn diese

*) Ein Beispiel enthalten Roths Materialien für das Handwerksrecht, Heft I. Num. 3.

Befugniß überhaupt und im Ganzen gerechtfertigt ist, und wenn bewiesen ist, daß sie statt des summarischen den ordentlichen, oder statt des ordentlichen den summarischen Proceß durch Geding festsetzen können, es überflüssig ist, die Befugniß hiezu bei jeder einzelnen processualischen Handlung zu beweisen, und darzuthun, daß Verabredungen über Verminderung der Zahl der Sätze vor Gericht, über mündliche Verhandlung des Processes u. s. w. erlaubt seyen. Nur einige processualische Handlungen, bei welchen diese Befugniß zweifelhaft und bestritten, oder wo sie wirklich unstatthaft ist, sind zu wichtig, um nicht zu einer besondern Erörterung ausgehoben zu werden.

§. 10.

1. Zweifelhaft scheint diese Befugniß bei den Fatalien der Appellation und insbesondre bei der Nothfrist der einzulegenden Berufung zu seyn. Ungeachtet Jan in einer besondern Schrift *) die Frage: ob die Nothfrist der einzuwendenden Appellation durch Privatvergleich der Parteyen verlängert oder verkürzt werden könne? aus guten Gründen bejahend beantwortet hat, so haben sich doch Herr Geh. Ref. Klüber und Hr. Hofrath Gönner für das Gegentheil erklärt **) und die Jansche Behauptung zu

*) Disp. de prorogatione et coarctatione fatalis interponendae appellationis Giessae 1787. 4.

**) S. Gönners juristische Abhandlungen Th. II. Num. 24. S. 100. ff.

widerlegen gesucht. Da ich die Jansche Meinung für die richtigere halte, so will ichs versuchen, ob ich nicht die Klüber- und Gönnerschen Widerlegungsgründe aus dem Wege räumen kann. a) Der Zwek aller Nothfristen sey, sagt Hr. Klüber, das Staatsbeste, welches nach L. 13. pr. C. de Judiciis mit Unsterblichkeit der Processe nicht vereinbar sey. Allerdings, antworte ich, erfordert es das Staatswohl, daß Processe nicht ewig dauern; und es wäre gar sehr zu wünschen, daß die Proceßordnungen mehr, als bisher in den meisten geschehen ist, dafür sorgen möchten, die Prozesse abzukürzen. Aber ein Proceß wird noch nicht verewigt, wenn die Parteyen die eine oder die andere Frist verlängern. Beym Proceß wird fast immer der Kläger wünschen, daß der Proceß nur kurze Zeit daure. Es wird sich daher nur höchst selten der Fall ereignen, daß er in Verlängerung der Appellationsnothfrist einwilligt. Wegen solcher Fälle, welche sich bei einem Gerichtshof in zehn Jahren nur einmal zutragen, sind keine verbietende Gesetze nöthig *). Wenn aber auch der so seltene Fall eintritt, daß der Appellat selbst in Verlängerung der Appellationsnothfrist einwilligt, so hat er gewiß immer wichtige, von dem Gericht selbst zu billigende Ursachen, welche ihn zu einer solchen Nachgiebigkeit bestimmen **). Gesetze sind und können doch ihrer Natur nach nur im Pausch und Bo-

---

*) S. L. 4. D. de Legib.

**) Ein solcher Fall kommt in von Bülows und Hagemanns Erörterungen B. IV. Num. 30. vor.

gen gut seyn *). Und es ist daher bey der Unmöglichkeit, durch Gesetze Vorschriften zu ertheilen, die in allen einzelnen Fällen gleich billig wären, der Billigkeit gemäß, daß der Gesetzgeber den Unterthanen die Freiheit läßt, die nöthigen und den Umständen angemessenen Ausnahmen vom Gesetz selbst zu machen.

§. 11.

b) Bei den Appellationssolennien komme, fährt Hr. Klüber fort, es nicht auf den Vortheil des Appellanten allein an; die Verordnung in der Novelle

*) Livius Hist. L. 34. c. 3. Nulla lex satis commoda, omnibus est, id modo quaeritur, si majori parti et in summam prodest. Vergl. Aristoteles Ethik, B. 5. Kap. 15. im 2ten B. S. 253. der Garv. Uebers. Fast wie Livius schreibt Hume in Oeuvres Philosophiques à Londres 1788. Tom. V. p. 267. L'utilité publique demande que la propriété soit réglée par des loix universelles et inflexibles; or quoique ces loix ne soient adoptées que parcequ'on les regarde comme les plus propres à procurer le bien général, *il est impossible qu'elles previennent les torts particuliers ou qu'elles ayent des conséquences favorables dans chaque circonstance; il suffit que le plan général soit necessaire pour le maintien de la société civile, et que dans ces loix l utilité l'emporte de beaucoup sur les inconveniens.* Les loix generales de l'univers, quoique faites par une sagesse infinie, n'excluent pas tout inconvénient dans chaque opération particuliere.

23. c. 1. sey allgemein und erlaube ohne alle Distinction keine Fristerstreckung. Bey diesem Einwurf argumentirt aber Hr. Klüber im Zirkel, denn er sezt als ausgemacht voraus, daß die Novelle 23. c. 1. die L. 5. §. 6. C. de temp. et reparat. appell. welche den Parteyen erlaubt, die gesetzlich festgesetzte Nothfristen, durch Verträge abzuändern, aufgehoben habe. Da aber diese Voraussetzung, wie bald gezeigt werden wird, keinen Grund hat, so ist auch die daraus gezogene Folgerung unrichtig.

c) Das von Jan gebrauchte Gleichniß vom Conventionalproceß, wendet Hr. Klüber ferner ein, passe nicht hieher. Aussergerichtlich mögen wohl die Parteyen nach der Norm ihrer Verträge verfahren; aber wenn sie processiren wollen, so müssen sie sich's auch gefallen lassen, was die Gesetze in dieser Rücksicht vorschreiben. — Hier argumentirt Hr. Klüber abermal im Zirkel, weil er für ganz ausgemacht annimmt, als wenn es verboten sey, das, was die Proceßordnung vorgeschrieben hat, durch Verträge anders zu bestimmen.

§. 12.

d) Der L. 5. §. 6. C. de temp. et repar. appell. sey älter, fährt Hr. Klüber fort, als das Fatale Decendii, welches erst durch die Novelle 23. c. 1. eingeführt worden sey. Wahr ist dieß nun freylich; aber durch ein neueres Gesetz wird das ältere nur dann aufgehoben, wenn entweder der

Gesetzgeber in dem jüngern Gesetz bestimmt und ausdrücklich erklärt hat, daß das ältere Gesetz entweder ganz oder doch zum Theil nicht mehr gelten solle; oder wenn das spätere Gesetz mit dem frühern in offenbarem Widerspruche stünde, im Fall das ältere Gesetz durch das neuere nicht für abgeändert angesehen würde.*) Keines von beyden ist der Fall bey dieser Novelle 23. Justinian hat darinn weiter nichts gethan, als daß er die Nothfrist der einzulegenden Appellation, welche vor ihm nur auf drey oder vier Tage eingeschränkt war, nun auf zehn Tage erweitert hat, ohne auch nur mit einem Worte zu sagen, daß die in der angeführten L. 5. C. enthaltene Verordnung, nach welcher die Parteyen die Beobachtung der Fatalien unter einander durch Verabredung aufheben können, nicht mehr gelten solle.

e) Ferner soll nach Hrn. Klübers Meynung vor dem Fatale prosequendae und was deshalb in der Clem. 4. de Appellat. vorkomme, kein Schluß auf das Fatale interponendae gelten; und wollte man auch nach dem canonischen Recht eine vertragsmäßige Prolongation zulassen, so müßte doch der Consens des Richters hinzutreten. Aber es ist nicht abzusehen, warum die Verlängerung des Fatale interponendae weniger erlaubt seyn sollte, als die Verlängerung des Fatale prose-

*) Voetius in Comment. ad Pand. L. I. T. 3. §. 44. Thibaut Versuche ꝛc. B. 1. S. 257. Struben in den rechtl. Bedenken Thl. 1. Bed. 135.

quendae appellationis, da ja nach Hrn. Klübers eigner Aeusserung der Zweck aller Nothfristen folglich auch des Fatale prosequendae das Staatsbeste seyn soll, mit welchem es sich eben so wenig verträgt, wenn die Beendigung des Appellationsprocesses durch Verlängerung des Fatale prosequendae aufgehalten wird, als wenn die Verlängerung des Fatale interponendae appellationis einen Aufschub verursacht. Die Clem. 4. de Appellat. räumt dem Richter nur in dem Fall die Befugniß ein, auf die Verabredung der processirenden Personen nicht zu achten, wenn Gefahr mit dem Verzug verbunden ist, giebt ihm also nicht die Gewalt, nach Willkühr und Laune sich über dergleichen Verabredungen hinwegzusetzen, weil eine bedingte Erlaubniß nur unter eben der Bedingung die ihr beygefügt ist, Rechte giebt.

§. 13.

f) Endlich beruft sich auch Hr. Klüber auf die Kammergerichtsordnung Thl. II. Tit. 29. §. 2. nach welcher kein Richter auch nicht einmal auf der Parteyen Ansuchen und Begehren einen längern Termin als den von zehn Tagen geben darf. Es ist aber doch nicht so ganz ausgemacht, als Hr. Gönner meint, daß die Erklärung, welche Jan von dieser Stelle der Cammergerichtsordnung gegeben hat, so ganz verwerflich sey. Und gesetzt, die Cammergerichtsordnung verbiete wirklich eine vertragsmäßige Verlängerung der Nothfrist der

einzulegenden Appellation, so ist doch noch eine große Frage, ob die Cammergerichtsordnung auch für die Territorialgerichte eine rechtsverbindliche Norm auch bey diesem Puncte sey.*) Ich zweifle hieran sehr, und glaube vielmehr, daß sie nicht einmal eine subsidiarische Rechtsnorm in Absicht auf die Bestimmung der Appellationsnothfristen bey Territorialgerichten ist, weil, wenn besondere Landesgesetze und einzelne Proceßordnungen hierüber nichts verfügen, bey Appellationen der Unterrichter den Termin zur Einführung, und der Oberrichter den Termin zur Rechtfertigung derselben bestimmt. Das römische Recht, welches die zehntägige Nothfrist festgesetzt, und das päbstliche Gesetzbuch, welches Justinians Novelle 23. c. 1. in dem can. 28. anteniorum c. 2. quaest. 6. canonisirt hat, sind schon vor der Cammergerichtsordnung nebst den in der L. 5. §. 6, C. enthaltenen Modificationen in den teutschen Landen recipirt gewesen, und die Novelle 23. mit der in der L. 5. §. 6. C. de Temp. et Reparat. Appell. enthaltenen Modification ist für die teutschen Territorialgerichte eine Norm, nicht weil die zehntägige vom Kaiser Justinian angeord-

---

*) Bey meiner Prüfung der Klüber- und Gönnerschen Gründe mußt' ich mich in die vorigen Zeiten zurückversetzen, deßwegen kann es nicht befremden, wenn ich diese Frage untersuche. Jezt und seitdem die teutsche Rechtsverfassung aufgelößt ist, — kann freylich von einer Verbindlichkeit der Kammergerichtsordnung gar nicht mehr die Rede seyn.

nete Nothfrist auch in die Cammergerichtsordnung aufgenommen worden, sondern weil das römische Recht in Teutschland recipirt ist. Warum soll auch die Cammergerichtsordnuug, die doch nach Herrn Gönners eignen Lehrsätzen eine nicht sehr ergiebige Rechtsquelle für den gemeinen teutschen Proceß ist,*) gerade da eine allgemein verbindliche Rechtsnorm seyn, wo das Verbot einer vertragsmäßigen Verlängerung der Nothfrist der einzulegenden Berufung eine so schneidende Härte enthält? — Und kann durch einen ausdrücklichen Vertrag die Nothfrist der einzulegenden Appellation verlängert werden, warum sollte eine Verlängerung nicht auch durch eine stillschweigende Verabredung und dadurch geschehen können, daß der Appellat die Einrede der Desertion der Appellation stillschweigend übergeht, da ja in der Regel stillschweigende Verabredungen nicht weniger verbindlich und nicht weniger wirksam sind, als ausdrückliche? — **) Daß nach versäumter Nothfrist die Desertion der Appellation ipso jure eintritt, ist wahr, aber wenn die Nothfrist durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft der Parteyen verlängert worden ist, so ist sie nicht für versäumt zu achten, und wenn sie nicht für versäumt zu achten ist, so kann auch von keiner Desertion die Rede seyn. Ich kann daher Hrn. Hof=

*) S. Gönners juristische Abhandlungen B. II. Abh. 2. und desselben Handbuch des Processes Band II. S. 156.

**) S. Glücks Erläuterung der Pandecten §. 289.

rath Gönner ferner auch nicht beypflichten, wenn er an einem andern Ort*) behauptet, daß der Oberrichter das rechtskräftige Urtheil nicht abändern könne, wenn der Appellat, ohne die Einrede der Desertion in Anregung zu bringen, sich in der Appellationsinstanz eingelassen habe, weil man, wenn dieß der Fall ist, nicht sagen kann, daß das Urtheil rechtskräftig geworden sey. —

§. 14.

II) Ferner scheint es problematisch zu seyn, ob die Parteyen einander durch Uebereinkunft die nachtheiligen Folgen des gerichtlichen Ungehorsams erlassen können? Wiesand*) will eine solche Erlassung nur dann gelten lassen, wenn sie nicht Nothfristen und solche Fälle betreffe, wo der Richter von Amtswegen thätig zu seyn schuldig sey. Aber daß bey Appellationen eine Verlängerung der Nothfristen statt finde, und daß alsdann von einer Versäumung und deren Folgen keine Frage seyn könne, ist schon gezeigt worden. Da Wiesand sonst keine Fälle angeführt hat, wo die Willkühr der Parteyen durch das richterliche Verfahren von Amtswegen beschränkt würde, so kann ich mich darauf nicht einlassen, sondern ich gehe sogleich zur Erörterung der streitigen Frage über: ob die Parteyen

---

*) Im Handbuch B. I. S. 375 der erst. Ausg.

*) In Opusculis p. 129.

einander durch Vertrag die nachtheiligen Folgen des Ungehorsams erlassen können? — Wollte man mit Hellfeld*) und den meisten ältern Juristen annehmen, daß ein jeder gerichtlicher Ungehorsam allemahl auch eine Kränkung für den Richter sey, so würde man freylich nicht anders können, als auf diese Frage mit Nein antworten, weil Verträge einem Dritten nicht zum Nachtheil gereichen dürfen.**) Aber da, wie Hr. K. R. Weber gründlich bemerkt hat,***) durch den Ungehorsam im Proceß eigentlich nur der Gegner verlezt wird, und da es wie Hr. Hofr. Gönner bewiesen,****) keine öffentliche Strafen des Ungehorsams giebt, so kann man auch den processirenden Personen die Befugniß nicht absprechen, vertragsmäßig unter sich die Folgen des Ungehorsams aufzuheben,*****) woran selbst Hr. Hofr. Glück,******) der doch sonst mit Hellfeld an die öffentliche Strafen des Ungehorsams glaubt, und bey den Nothfristen eine Ueber-

*) In Jurispr. For. §. 252.

**) L. 74. D. de R. J. L. 1. 2 et 3. C. inter alios acta aliis non nocere.

***) Von Injurien Thl. 3. 213.

****) Im Handbuch B. I. S. 412 und 419.

*****) Von einer stillschweigenden Uebereinkunft der Parteyen, den rechtsanhängigen Proceß auf einige Zeit ruhen zu lassen, kommt in Kleins merkwürdigen Rechtssprüchen B. III. num. 14 ein merkwürdiges Beyspiel vor.

******) Im Commentar B. III. S. 463.

einkunft der Parteyen für unerlaubt hält, alsdann nicht zweifelt, wenn der nicht angeschuldigte Ungehorsam schon nach gemeinem Recht unschädlich ist.

§. 15.

III) Hildebrand und Ritter behaupten, daß die Parteyen einander den allgemeinen Eyd für Gefährde wenigstens nicht durch ausdrückliche Verabredung nicht erlassen dürfen. — Aber da der allgemeine Eyd für Gefährde sich mit der Philosophie unserer Zeiten nicht mehr verträgt, und da man die Erfahrung gemacht hat, daß dieser Eyd, welcher dazu dienen sollte, Schikanen zu verhindern die entgegengesezte Wirkung hervorbringt, nur die Zahl der Meineyde vermehrt, und eben deßwegen billig bey fast allen Gerichten in Abnahme gerathen ist *) so wird nicht leicht jemand an der Befugniß der Parteyen zweifeln, einander diesen Eyd zu erlassen. Auch glaube ich, daß die Parteyen berechtigt sind, unter sich auch alle besondere Eyde für Gefährde, nur mit Ausnahme der Appellations- und Revisionseyde, aufzuheben, weil es bey diesen Eyden auf den Gegner ankommt, ob er dem andern Theil diesen Eyd erlassen will oder nicht. Den Appellations- und Revisionseyd nehme ich darinn aus, weil bey diesen Eyden der Richter, dessen Erkenntniß angefochten wird, ein Interesse dabey hat, daß sein Erkenntniß nicht anders als

*) Malblanc in Doctrina de Jurejurando. p. 369.

unter Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formalitäten angefochten werde.*)

§. 16.

IV.) Wenn die Contrahenten ein wechselmäßiges Proceßverfahren unter sich verabredet haben, und wenn Jemand einen Wechsel unter der Clausel ausgestellt hat: aller Orten, wo ich mich befinde, oder nach Strenge des Leipziger Wechselrechts, so behaupten fast alle Rechtsgelehrte**) und insbesondere Roßmann,***) Danz ****) und

*) S. Mevius P. IV. dec. 275. und Westphals öffentliche und Privat-Gutachten des bürgerlichen Rechts nach Ordnung der Pandecten B. I. S. 217.

**) Anderer Meynung sind jedoch Westphal im teutschen Privatrecht Thl. II. Abh. 62. und der von ihm S. 337. allegirte Riccius auch König in einer Abh. welche in Siebenkees juristischem Magazin B. I. num. 27. S. 426. ff. eingerückt ist. Mit Ausnahme der Wechselstrenge legt Hr. O. T. R. Klein in den Rechtssprüchen der Hallischen Juristen-Facultät B. II. S. 149. ff. dem Wechselvertrag allgemeine Wirksamkeit bey.

***) In Disp. de Valore Cambii in Imperio §. 37. sqq.

****) Im Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts B. II. §. 251.

Püttmann*) daß an Orten, wo kein Leipziger noch sonst ein Wechselrecht eingeführt ist, darauf nicht erkannt werden könne. Wenn an einem Ort oder in einem Lande durch ein Stadtgesetz oder durch eine Landesordnung der Wechselproceß ausdrücklich verboten ist, dann glaube ich freylich auch, daß jene Clausel keine Gültigkeit wenigstens nicht die Wirkung der Wechselstrenge hat. Wo hingegen an einem Ort oder in einem Lande der Wechselproceß zwar nicht gesetzlich eingeführt aber auch nicht gesetzlich verboten ist, da möchte meines Bedünkens der Richter allerdings verbunden seyn, darauf zu erkennen. Püttmann, Danz und Roßmann machen folgende Einwürfe:

a) Einwurf: Die Proceßordnung eines jeden Landes sey ein öffentliches Gesetz: Antwort: Sey die Proceßordnung auch ein öffentliches Gesetz, so folgt daraus nicht, daß keine Abweichungen davon erlaubt sind. Alle die Gesetze, welche provisorisches Recht enthalten, sind auch öffentliche Gesetze, und doch ist es erlaubt, durch Verträge davon abzuweichen. Proceßordnungen haben das Privatinteresse der Unterthanen zum Zweck, mithin muß es den Unterthanen erlaubt seyn, das gerichtliche Verfahren durch Verträge anders zu bestimmen.**)

§. 17.

b) Einwurf: Gesetze und Verordnungen seyen

*) In Adversar. Jure. Univ. L. III. p. 231. sqq.

**) Zachariä Wissenschaft der Gesetzgebung S. 308.

ausserhalb den Grenzen des Landes, auf welches ihre Verbindlichkeit beschränkt ist, unanwendbar. Antw. man kann dieß zugeben, (wenn schon diese Regel viele Ausnahmen leidet), ohne daß deßwegen der jenseitige Einwurf gegründet wäre. Wenn der Wechselaussteller sich der Strenge des Leipziger Wechselrechts unterwirft, und an einem andern Ort, wo kein Wechselrecht eingeführt ist, belangt und von dem Richter darauf erkannt wird, so geschieht es nicht, — weil der Richter, der darauf erkennt, dem Leipziger Wechselrecht eine Gültigkeit beylegt, sondern weil er Verträge respectirt und den Wechselvertrag für eine verbindliche Entscheidungsnorm hält.*) Weil nun nur allein aus diesem Gesichtspunkt die Sache zu betrachten ist, so glaube ich auch die streitige Frage**) auf der Seite liegen lassen zu können: ob die Wechselverbindlichkeit nach den Gesetzen des Orts, wo der Contract geschlossen worden ist, oder nach den Rechten des Orts, wo geklagt wird, zu bestimmen sey?

Es ist, wie der seel. Präsident von Tevemar richtig bemerkt hat,***) ein grober und schädlicher

*) Zachariae in Libro Quaestionum p. 17, Secundo Jus peregrinum extra territorium vim habere potest, si lex peregrina *instar conventionis vel ultimae voluntatis jus inter partes facit et facere potest.*

**) S. Eichmanns rechtliche Bemerkungen und Ausführungen S. 120 ff.

***) In dem Versuch über die Rechtsgelahrtheit. S. 26 ff.

Irrthum, wenn man wähnt, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten nur allein auf Gesetzen beruhen. Dieser Irrthum, und, (was man nach Tewenar, nach Moser,*) Schlosser**) und Vogt***) zumal in unsern Zeiten nicht oft genug wiederholen kann,) der jetzige Hang zu allgemeinen Gesetzen und Verordnungen untergräbt die Freyheit der einseitigen Handlungen und Verträge, und bahnt den Weg zum unerträglichsten Despotismus. Gesetze sind ja überhaupt, oder sollten's wenigstens seyn, weiter nichts als Uebereinkomnisse über Recht und Unrecht zwischen den Gliedern, aus welchen die Nation besteht.****) Es geschieht häufig, daß Eheleute durch Ehe- und Erbverträge ihre künftige Erbfolge anders reguliren, als solche in den statutarischen Rechten bestimmt ist, und niemand zweifelt an der Verbindlichkeit und Rechtsgültigkeit solcher Verträge.*) In Eß-

---

*) In den patriotischen Phantasien Thl. II. num. 2. S. 15. ff.

**) In den Briefen über die Gesetzgebung etc. S. 12. f. S. 171. f. und S. 330.

***) Ueber die Europäische Republik, Thl. I. S. 34 ff.

****) Beccaria von Verbrechen und Strafen. S. 2. der Hommel. Ausg. Fergusons Versuch über die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft, S. 240.

*) Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts §. 14. S. 46. und Malblanc in Princip. Jur. Rom. P. II. Sect. II. §. 632. p. 698.

lingen, meiner Vaterstadt, als es noch eine freie Reichsstadt war, ereignete sich oft der Fall, daß Eheleute einander auf das wirtembergische Landrecht heiratheten, das heißt, sie setzten durch Vertrag fest, daß die künftige Erbfolge unter ihnen auf die Art geschehen solle, wie solche statt gehabt hätte, wenn sie wirtembergische Unterthanen gewesen und im wirtembergischen ohne Erbvertrag oder lezte Willensverordnung gestorben wären. Eßlingische Gerichte, obschon sie über ihren eignen Gesetzen streng hielten, erkannten doch für die Gültigkeit solcher Verabredungen und regulirten bei Sterbefällen die Erbfolge des überlebenden Ehegatten nicht nach Vorschrift des Eßlingischen Erbrechts, sondern nach der des Wirtembergischen Landrechts, nicht, weil sie dem Wirtembergischen Landrecht in der Reichsstadt Eßlingen eine rechtsverbindliche Autorität einräumen wollten, sondern weil sie die Gültigkeit der Erbverträge anerkannten *).

---

*) Scheinemann, ein ehemaliger tübingischer Rechtslehrer bezeugt dieses und schreibt hievon in der D. de auctoritate legum civilium extra territorium Legislatoris Tub. 1696. S. 11. also: Si Conjuges, caeteris paribus, in vicina Reutlinga vel Esslinga (quod saepe fieri experientia testatur) pacta dotalia his verbis concipiant: daß es ihrer Succession halber auf alle künftige Fälle, bey Versehung des fürstl. Würtembergischen Landrechts verbleiben solle, Quo in casu, quod Jus nostrum Provinciale, post fata unius vel alterius conjugis cynosuram Successioni praebeat, dubitandum non est; ejus vero obligationem non ex auctoritate

§. 18.

c) Einwurf: aus dem gemachten zweyten Einwurf zieht Püttmann die Folgerung, daß es dem Wechselgläubiger an einem rechtlichen Grunde fehle, von dem Richter, der genau an die Vorschrift der einländischen Rechte und der einländischen Proceßordnung gebunden sey, zu verlangen, daß er sich nach einem fremden Rechte und nach einer fremden Proceßordnung richten solle. Auch äussert Danz, daß, wenn ein Fremder einen Wechsel mit der Clausel: aller Orten wo ich anzutreffen bin, ausgestellt habe, er sich's zwar gefallen lassen müsse, daß er da wo Wechselrecht sonst im Gebrauch ist, gegen ihn nach Wechselstrenge verfahren werde; allein der Richter könne doch wieder seinen Willen nicht dazu gezwungen werden. — Antwort: Dieser Einwurf des Püttmanns erledigt sich aus dem was in dem vorigen §. ausgeführt worden ist. Und was den Danzschen Einwurf anbelangt, so ist der Richter allerdings schuldig, die Wechselstrenge aus-

---

jubentis, sed ex pacto potius et voluntate paciscentium accersendam esse, haud obscure colligimus ex textu Jur. prov. Würtemb. p. 3. Tit. 8. §. ult. verbis: daß solche Erklärung für eine sonderbare und solche Vergleichung zu halten, dadurch unser Landrecht in ein verbündliches Pact gezogen. und demnach den Ehe-Gemächten genommen sey, einander etwas an dem, so jedem ab intestato erblich zufiele, zu entziehen.

zuüben, es sey nun der Kläger ein Einländer oder ein Fremder. Ist er ein Einländer und Unterthan, so kann er um so mehr verlangen, daß ihn der Staat durch seine Richter in allen seinen Rechten und Befugnissen schütze, weil er nur darum und um dieses Schutzes willen auf die Selbsthülfe Verzicht gethan hat, daß ihn der Staat in seinen Rechtszuständigkeiten schütze, *) und weil er auch zum Theil um dieses Schutzes willen Steuren und Abgaben bezahlt. Klagt aber ein Fremder aus dem Wechselvertrag, so kann auch ihm die richterliche Hülfe ohne Ungerechtigkeit nicht verweigert werden, weil in Absicht auf Justitzpflege die Fremde mit den Unterthanen gleiche Rechte **) ja gar an vielen Orten, wie Danz §. 315. seines Commentars selbst anerkannt hat, vor den Einheimischen das Vorrecht haben, daß ihre Rechtshändel vor andern beschleunigt nnd vor eignen Gerichtshöfen erörtert und entschieden werden müssen. Wenn sich's der Fremde in so vielen Fällen gefallen lassen muß, als Unterthan (Subditus temporarius) behandelt zu werden, Abgaben für seine Waaren zu entrichten, und andere lästige Verbindlichkeiten zu übernehmen, so muß er auch berechtigt seyn, Schutz und Sicherheit zu fordern.

---

*) Boehmer in Jur. Publ. Univ. Part. spec. L. II. c. 7. §. 2. not. t.

**) Ziegler de Officio Judicis concl. XV. §. 2.

§. 19.

d) Einwurf: es würde eine große Rechtsverwirrung entstehen, wenn es in der Macht und in der Willkühr der Partheyen stünde, dem Richter vorzuschreiben; nach welchen Gesetzen und nach welchem Rechtsgang er in ihren Rechtshändeln verfahren und erkennen solle. Antw. Diese Besorgniß ist ganz ungegründet: Es wird eben so wenig einige Rechtsverwirrung entstehen, wenn ein Gerichtshof sich nach dem Wechselvertrag richtet, und das Wechselverfahren beobachtet, als wenn der Richter bey seinen Entscheidungen — letzte Willensverordnungen, besondere Gewohnheiten, Familiengebräuche, Rechte der Nachbarschaft, rechtsgültige Privilegien u. d. gl. zur Norm nimmt. *) Entsteht doch auch keine Rechtsverwirrung, wenn der Wechselprozeß in einem Lande gesetzlich eingeführt ist, warum sollt' es denn eben eine Rechtsverwirrung zur Folge haben, wenn durch Vertrag ein Wechselverfahren festgesezt wird? — Da es so viele Mühe kostete, die Menschen auch noch nach Errichtung einer bürgerlichen Gesellschaft die Selbsthülfe abzugewöhnen, und sie zu nöthigen, die Entscheidung ihrer Streitigkeiten denen vom Staat verordneten Richtern zu überlassen; so konnten doch wohl die Regierungen den Unterthanen die Freyheit übrig lassen, den Richtern die Art und Weise

*) Wehrens Handbuch der Referirkust, Thl. III. §. 94.

vorzuschreiben, wie sie ihre Zwistigkeiten untersuchen und unterscheiden sollen. Ist's dem Unterthan erlaubt, durch Testament oder Erbvertrag zu bestimmen, wem nach seinem Absterben seine Verlassenschaft zufallen solle; warum soll denn ihm nicht vergönnet seyn, auch durch Verträge die Art und Weise zu bestimmen, wie die über seiner Habe und Gut entstandene Irrungen untersucht und entschieden werden sollen? — Die Regierung ist schuldig, die Unterthanen in ihrer natürlichen Freyheit zu schützen, und sie darf nichts durch Gesetze verbieten oder gebieten, als was zur Erhaltung der Freyheit und Sicherheit unumgänglich nothwendig ist. *) Selbst Hobbes, dieser eifrige Advocat einer despotischen Gewalt, der sonst immer die Pflicht des leidenden Gehorsams predigte, und gegen die unvermeidlichen Uebel der Freyheit eiferte, hat doch selbst eingestanden, **) daß so wenig als möglich Zwang in der bürgerlichen Gesellschaft herrschen müsse. Ein Zeugniß, — das aus der Feder eines solchen Mannes um so beweisender ist, weil ihm solches wider seinen Willen die Wahrheit entrissen haben muß.

Wenn nur die Unterthanen sich enthalten, einander zu beleidigen, sich in ihren Rechtszuständig-

---

*) Erhards Versuch einer Critik des allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten S. 48. ff. Kleins Annalen Band IV. S. 334.

**) de Cive cap. XIII. §. 15. p. m. 234. sq.

keiten mit Gewalt zu schützen, und ihr eigner Richter zu seyn; was ist denn der Regierung an der Art und Weise gelegen, wie sie ihre Streitigkeiten untersucht und entschieden wissen wollen? Wie! — gleichgültig sollte dieß dem Staate seyn, hör' ich unwillig fragen, da doch allgemein anerkannt wird, daß es der Staatsregierung obliege, und daß es für sie die dringenste Angelegenheit seyn müsse, zu einer unpartheyischen und förderlichen Justizpflege, die man sonst immer für das höchste Kleinod im Reiche gehalten hat, *) und wegen

*) So wird die Justiz im Reichsabschied v. J. 1507. §. 60. genannt. In der Regimentsordnung v. J. 1500. im Eingange und im Reichsabschied v. J. 1571. auch im Eingang wird gesagt, daß auf Fried und Recht, als Grundfesten alle Reiche und Gewalt ruhen. Eine ähnliche Aeusserung der Kaiser Theodosius und Valentinian ließt man in L. 4. C. de Legibus woselbst es heißt: *adeo ab autoritate juris nostra pendet autoritas.* Im Reichsabschied v. J. 1566. §. 72. wird gesagt; daß der gemeine Frieden im Reich ohne beständiges gleichmäßiges Recht nicht zu erhalten. Im Reichsabschied v. J. 1570. §. 72. wird dies in folgenden Worten wiederholt, daß bey allen Regimenten die tägliche Experienz beweise, wie beschwerlich, oder vielmehr unmöglich es sey, beständig friedlich Wesen zu erhalten, da kein förderlich gleichmäßig Recht einem jeden administriret wurde. Endlich wird im Prager Frieden v. J. 1635. §. 76. ausgesprochen: Daß doch in Gleich und Recht jedes Reichs Grund-

deren Anordnung und Einrichtung man auf dem westphälischen Friedenscongreß häufige Freudenthränen aus den Augen der Friedensgesandten beyder Religionspartheyen fliessen sahe,*) die dienlichsten und sichersten Vorkehrungen zu treffen? — Allerdings ist es antworte ich, für die Regierungen Pflicht, diese Vorkehrungen zu treffen; da es aber bey allen diesen Vorkehrungen und Anstalten nur auf das Wohl der Unterthanen abgesehen ist und sie nur zur Aushülfe (in Subsidium) und für den Fall, wenn die streitende Theile nicht selbst etwas darüber bestimmt haben, gemacht werden, so kann es ihnen nicht verwehrt werden, durch Verabredung andere Bestimmungen eintreten zu lassen.

---

feste und Glückseligkeit bestehe. — Da wir in Zeiten leben, wo man öfters über der Sorge für das Militärwesen zu vergessen scheint, daß eine gute Justitzpflege die Sicherheit der Throne eben so gut schützen muß als das stehende Soldatenheer, und daß eine gute Justitzpflege für die Völker eines der wichtigsten und allgemeinsten Bedürfnisse ist; so hab' ich mir nicht verwehren können, die angeführten Reichsgesetze in Erinnerung zu bringen, die, obschon sie jetzt Antiquität geworden sind, doch heilsame Wahrheiten enthalten.

*) S. Schmidts neuere Geschichte der Teutschen, Buch VI. Kap. 26.

§. 20.

e) Einwurf: der Grund, daß ja sonst die Partheyen die Erlaubniß hätten, nach ihrem Gefallen unter sich Verabredungen zu treffen, wenn diese (Verabredungen) nur nicht der gesunden Vernunft und den guten Sitten entgegen seyen, beweise nichts, weil nach Papinians Ausspruch in L. 38. D. de Pactis das öffentliche Recht, zu welchem auch das gerichtliche Verfahren gehöre, durch Verträge nicht abgeändert werden könne. Antwort: Dieser Einwurf ist schon oben widerlegt worden; also nur noch folgendes. — Mag immerhin das Proceßrecht im Sinn der Römer zum öffentlichen Rechte gehören; so folgt doch noch nicht, daß solches durch Verträge nicht abgeändert werden dürfe. Bey den Römern gehörte das Vormundschaftsrecht auch zu dem öffentlichen Rechte, und doch giebt es eine Tutela testamentaria und Pactitia. Bey den Römern konnte die Freyheit zu testiren durch Verträge nicht aufgehoben werden, und niemand zweifelt daran, daß dieß in Teutschland geschehen könne. — Und gesetzt auch, daß bey den Römern, die von dem gemeinen Proceßrecht abweichende Verträge verboten gewesen, weil das Proceßrecht einen Theil des öffentlichen Rechts ausgemacht habe; so könnte doch ein solches Verbot in Teutschland keine Verbindlichkeit haben, weil es keinen Vernunftgrund für sich hätte, *)

*) Conradi in Observ. Jur. Civil. Vol. I. p. 182. sed publicum (Jus) quod fuit Romanorum, cum neque

und weil wir in Teutschland vom öffentlichen Rechte andere Begriffe haben als die Römer. Es konnte in Teutschland um so weniger von einer Verbindlichkeit seyn, weil die in Teutschland geltende einheimische Gesetze und Gewonheiten denen bey uns eingeführten fremden Gesetzen vorgehen, und weil sich ein solches Verbot mit der Parömie Geding bricht Landrecht **) nicht vertragen würde.

f) Einwurf: es sey unschicklich, daß man sich auf die L. 26. D de Re judicata (sie lautet wörtlich so: Si convenerit inter litigatores, quid pronuncietur, non abs re erit, judicem hujusmodi proferre sententiam) berufe, weil dieses Gesetz nicht von dem Richter einer andern Provinz handle, sondern von einem solchen Richter rede, dem der Prätor auf Begehren der Partheyen die Untersuchung und Entscheidung ihres Rechtshandels aufgetragen habe. Antwort: Mag es auch seyn, daß Ulpian in dieser Stelle nicht von dem Richter

---

ad Prima Naturae, neque ad illius referri consequentia possit, jus dici proprium debet, *tanquam non ad regulam compositae civitatis.*

**) Von dieser Parömie kann man ausser den bekannten Schriften eines Herts und Eisenhards auch nach J. H. Böhmers Abh. von der alten Teutschen Treue und Redlichkeit in Schotts Juristischem Wochenblatt Jahrgang IV. Num. 13. §. 9. S. 378. nachsehen, woselbst auch §. 10. gezeigt wird, daß der angedingte Proceß von jeher in Teutschland erlaubt und in Uebung gewesen ist.

eines andere Landesredet, so beweist sie gewiß doch immer so viel, daß bey den Römern der Richter verbunden war, bey Entscheidung eines Rechtshandels sich nach der unter den Parteyen geschehenen Vereinbarung zu richten, und beweist auch noch weiter, daß dergleichen von dem gemeinen Proceßrecht abweichende Verabredungen bey den Römern nicht zu den verbotenen, dem öffentlichen Recht zuwiderlaufenden Verträgen, gezählt worden sind.

§. 21.

Von den Fällen, wo die von dem gemeinen Proceßrecht abweichende Verabredungen zweifelhaft oder bestritten sind, geh ich zu denjenigen über, wo solche (Verabredungen) wirklich unstatthaft sind, und zwar, weil sie entweder den Rechten eines Dritten Eintrag thun, oder gegen ein Prohibitivgesetz anstoßen. — Ich wag es jedoch nicht, die Aufzählung dieser Fälle, auch nur nach dem gemeinen Recht für vollständig auszugeben, sondern bescheide mich gerne, daß meiner Aufmerksamkeit einer oder, der andere Fall entgangen seyn kann.

a) Der Armeneyd kann ohne Einwilligung des Richters, weil dieser dabey wegen der Sporteln interessirt ist, von dem Gegentheil nicht erlassen werden. *) b) Wenn eine der Parteyen sich den

*) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1 B. §. 181.

Richter als verdächtig verbittet, so kann ihr nur der Richter den Verwerfungseyd erlassen.*) Bey Appellationen und andern Rechtsmitteln gegen richterliche Erkenntnisse findet keine Vereinbarung gegen das Verbot der Gesetze, und gegen solche proceßsualische Erfordernisse statt, welche der Dispositionsgewalt der Parteyen entzogen sind. c) Daß der Appellations- und Revisionseyd von dem Appellaten und Revisen nicht erlassen werden könne, ist schon oben bemerkt worden. Deßwegen kann auch d) nicht mit Einwilligung des Appellaten und selbst in einer Sache, welche dahin appellabel wäre; mit Uebergehung der Mittelinstanz sogleich an das höchste Gericht appellirt werden, weil das Verhältniß der Instanzen nicht von der Willkühr der Privaten abhängt. **) Eben so wenig können auch die Parteyen unter sich ausmachen, daß e) kein Stempelpapier, wo es gesetzlich eingeführt ist, gebraucht werde; daß f) kein Appellationsgulden da, wo ihn das Gesetz verlangt, bezahlt werde; und daß g) keine Succumbenzgelder in Ländern, wo sie eingeführt sind, hinterlegt werden, weil zum Nachtheil des Fiscus keine Verabredungen zuläßig sind. ***) Ferner kann h) der Appellationsvorstand da, wo er verordnet ist, von dem Ap-

---

*) Brokes in Sel. Observ. Forens. obs. 57.

**) Ziegler de Jurib. Majest. L. I. c. 30. §. 2.

***) L. 42 D. de Pactis und Tit. Cod. Sine Censib. & Reliq.

pellaten nicht erlassen werden, weil er nicht bloß zur Sicherheit des Appellaten, sondern auch zur Aufrechterhaltung des richterlichen Ansehens eingeführt ist. *) Noch weniger darf i) durch Vertrag festgesetzt werden, daß in Fällen, wo etwa wegen Beschaffenheit der Sache z. B. in Ehesachen, oder wegen Mangels an der Größe der Appellationssumme die Appellation unzuläßig ist, die Berufung statt haben solle.

§. 22.

Die das gerichtliche Verfahren regulirende Verabredungen haben mit andern Verträgen auch das gemein, daß sowohl der Richter, wie schon bemerkt worden ist, als auch die processirende Theile zu deren genauen Beobachtung verbunden sind, und daß kein Theil einseitig und wider Willen des Andern davon abgehen oder etwas daran ändern darf. Weil es dabey keine Besonderheiten giebt, so will ich mich damit nicht aufhalten, sondern nur noch Einiges über die Erklärung solcher Verabredungen bemerken. Ritter stellt die Regel auf **) daß dergleichen Verabredungen eingeschränkt zu erklären seyen, und beruft sich hiebey auf Carpzovs Autorität. Aber diese Regel ist falsch, dann es ist kein Grund vorhanden, warum solche Verabredungen anders erklärt werden sollten, als andere Verträge. — Vielmehr müssen sie, wenn dabey

*) Hofmanns Reichspraxis B. I. §. 983.

**) in der allg. Disp. §. 53.

die Absicht, den Proceß abzukürzen, unverkennbar ist, wie andere eine rechtliche Begünstigung verdienende Gegenstände, ausgedehnt erklärt werden. Auch hat Ritter §. 54. seiner Disp. die Frage aufgeworfen, ob die eine oder die andere Partey, wenn sie erklärt hat, sich dem richterlichen Erkenntnisse zu unterwerfen, noch von einem Rechtsmittel Gebrauch machen könne? und er hat diese Frage bejahend beantwortet, weil eine solche Willenserklärung auf einen Verzicht hinauslaufe, ein jeder Verzicht aber, wenn er von einem großen Nachtheil für den Verzichtleister sey, eine ganz klare und bestimmte Willensäuserung erfordere. Ich aber glaube, daß diese Frage verneinend entschieden werden muß, weil die unten angeführte Stelle des römischen Rechts *) diesem Verzicht so bestimmt und deutlich eine verbindliche Kraft beylegt, daß sie gar keinen Zweifel übrig läßt. Eine jede Willenserklärung muß so ausgelegt werden, daß sie eine Wirksamkeit erhalte. Nun aber würde die Erklärung: daß man sich dem richterlichen Erkenntnisse unterwerfen wolle, ganz ohne Wirkung seyn, wenn der Willenserklärer noch hinten nach von der Appellation Gebrauch machen dürfte. Wenn vollends noch gar aus einer das ge-

*) L. 1. §. 3. D. a quibus appell. non lic. Siquis ante sententiam professus fuerit, se à judice non provocaturum, *indubitate provocandi auxilium perdit.* Die L. ult. §. 6. C. de temp. et repar. Appell. ist schon oben angeführt worden.

richtliche Verfahren bestimmenden Verabredung die Absicht hervorleuchtete, den Proceß abkürzen zu wollen, so würd' es alsdann gar nicht mehr zweifelhaft seyn, daß das Rechtsmittel der Appellation schlechterdings unstatthaft sey. Der Grund, welchen Schweder *), der mit Rittern die nämliche Meynung behauptet, dafür anführt, ist sehr unerheblich. Schweder sagt nämlich; eine solche Erklärung sey immer unter Voraussezung eines billigen und gerechten Erkenntnisses geschehen. — Aber was ist denn ein billiges und gerechtes Erkenntniß? — Was der Eine, welcher bey dem richterlichen Erkenntnisse verliert, für unbillig und ungerecht hält, wird der Andere, der dabey gewinnt, für höchst billig und gerecht achten. — Und auf Voraussezungen und Präsumtionen von dem, was der eine und der andere Theil gedacht haben mag, kann man sich nicht einlassen, weil, wenn bey Willenserklärungen die Worte klar und deutlich sind, man sich um die Absicht und um das Innere der Gesinnungen des einen oder des andern Theils nicht bekümmern kann. **) Daß aber eine solche Erklärung

---

*) in Disp. de renunciatione appellationis §. 22. p. 9, 11. sq. in Vol. I. Disp. Var.

**) Die Pracktiker, welche so oft den Satz vergessen: Propositum in mente retentum nihil operatur, sollten sich gesagt seyn lassen, was Averani Interpret. Jur. L. III. c. 19. §. 1. schreibt: Quoties verba clara sunt, et voluntas ambigua: verbis est in haerendum, nec voluntas in disquisitionem vocanda. Et hoc est, quod

doch den Gebrauch der Nullitätsklage nicht ausschliesse, geb' ich Rittern gerne zu, weil eine solche Erklärung unter der stillschweigenden Bedingung für geschehen zu halten ist, daß sich der Richter genau an die durch Verabredung festgesezte Form halten werde, und weil die Nullitätsklage auch gegen ein schiedsrichterliches Erkenntniß statt findet.*)

§. 23.

Ferner beschäftigt sich Ritter **) auch mit der Frage: ob die das gerichtliche Verfahren bestimmende Verabredungen sich auch auf die Widerklage, wenn desfalls nicht etwas ausdrücklich verabredet worden ist, erstrecken? Er entscheidet diese Frage bey der gemeinrechtlichen Widerklage bejahend, weil sie zu-

---

ait Paulus in L. 25. D. de Legat. 3. Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. *Utinam hoc nostri judices observarent*, quantum multitudo litium minueretur? quot controversiae facillime dirimerentur? Hinc seges uberrima cavillationum, disceptationum, contentionum forensium, quae in infinitum progrediuntur, quae non solum emungunt, sed etiam exossant miseres litigantes. Gravis morbus, et in dies ingravescens: nulla enim prodest adhiberi medicina, quia maximum in foro versantibus affert emolumentum.

*) Carrach in D. de cauto compromissorum in arbitros usu §. 12. p. 28. sq.

**) in der ang. Disp. §. 65.

gleich mit und neben der Vorklage verhandelt und entschieden werde. Verneinend hingegen antwortet er darauf bey der Gegenklage, die erst nach verhandelter Vorklage ausgeführt wird. Weil, wo das vertragsmäßige Recht aufhört, das provisorische Recht anfängt, und mithin, wenn die Verabredung der Parteyen keine Entscheidung an die Hand giebt, die allgemeingesetzliche Vorschriften in Absicht auf das gerichtliche Verfahren zur Anwendung kommen *); so glaub' ich, daß in Ermanglung einer bestimmten Verabredung in Absicht auf die Widerklage es bey dem gemeinen Proceßrecht sein Bewenden haben müsse. Dem Verklagten geschieht kein Unrecht, weil es seine eigne Schuld ist, daß er sich wegen der Widerklage bey der Verabredung nicht besser vorgesehen hat. Und weil Verträge in der Regel einen Dritten nicht verpflichten, so ist auch der Intervenient an die Verabredung des Klägers und des Verklagten nicht gebunden, es wäre denn, daß er dasjenige genehmigte, was darin auch in Absicht auf ihn ausgemacht worden ist.

§. 24.

Was die Aufhebung des conventionellen Verfahrens betrifft, so ist die desfallsige Verabredung entweder nur auf einzelne Puncte im Proceß gerichtet gewesen, oder auf den ganzen Proceß. Im

*) Glücks Erläuterung der Pandecten Band VI. S. 154.

ersten Fall hört mit Berichtigung dieser Puncte der anbedingte Proceß auf, und die Streitigkeit wird nun vollends nach den Regeln und Vorschriften des gemeinen Processes fortgesetzt. Im andern Fall aber hört der anbedingte Proceß auf, 1) wenn die Streitigkeit entweder durch Vergleich oder ein rechtskräftiges Urtheil ihr Ende erreicht; 2) wenn beyde Theile freywillig die wegen des gerichtlichen Verfahrens eingegangene Verabredung wieder aufheben; und 3) nach Ablauf der durch Vertrag festgesezten Zeit. Doch verliert in diesem Fall, und wenn alsdenn die Streitigkeit im gesetzlichen Proceß weiter fortgesetzt wird, dasjenige nichts von seiner Gültigkeit, was vorher der Verabredung gemäß verhandelt worden ist; sondern die Streitigkeit wird nunmehr nur im Gang des gesetzlichen Processes fortgesetzt und vollends beendigt. *) Weil Verträge gewöhnlich und der Regel nach auch die Erben verbinden, so bedarf es kaum einer Erinnerung, daß nicht, wie beym schiedsrichterlichen Proceß der Fall ist, der Tod eines oder der beyden contrahirenden Theile die Aufhebung des anbedingten Processes zur Folge hat, weil, wie oben gezeigt worden ist, der anbedingte Procoß von dem schiedsrichterlichen verschieden ist.

*) Glücks Erläuterung der Pandecten Band VI. S. .

Berichtigung der auffallendsten Druckfehler in Neundorfs Erörterungen ꝛc.

S. 1. der Vorrede Zeile 3 stat t abermals lies: abermal.
S. 4 Z. 1. statt Warum l. Wenn.
S. 7. ****) statt Parvem lies: Paroem.
S. 10. Z. 14 ist das: es, auszustreichen.
S. 11. Z. 11. statt mußten lies: müßten.
S. 18. Z. 13 statt jeder lies Jedermann.
S. 19. Z. 7 statt Stoodt lies: Noodt.
S. 31 *) vor In, setze man Wernher.
S. 33. Z. 14. nach zuzuziehen setze man ein:
S. 39. Z. 1. statt Papperey lies: Fopperey.
S. 40. Z. 23. nach beobachtete, ein!
S. 42. in der Anmerk. Zeile 3 nach Worten, s. f. setz. das Nämliche.
S. 43. Z. 15. statt Beamte lies: Beamten.
S. 46. Z. 16. statt oder lies: als.
S. 50*) statt Moser lies: Möser, und so immer.
S. 56 *) Z. 1. statt latones lies: Catones.
S. 57. Z. 5. statt ordinare lies: ordinarie.
S. 64. Z. 4. statt gelten lies: gälten.
S. 81. Z. 10. statt eignes lies: eignen und Z. 13. nach Anlaß folgt ein Comma.
S. 96. Z. 6. statt ausdrücklicher lies: ausdrüklich.
S. 113. Z. 25. statt unglaublich lies: ungläubig.
S. 141. Z. 14. statt Abhandlund lies: Abhandlung.
S. 148. Z. 8. statt weit mehr lies: vielmehr.
S. 170. Z. 22. statt Tevemar lies: Tevenar und so immer.
S. 173. Z. 5. statt einländischen lies: inländischen.
S. 174. Z. 5. st. Einländer lies: Inländer u. so immer.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Neundorf, Karl G.

K. G[ottlieb] Neundorfs Erörterungen einiger Materien des Civilrechts von praktischer Wichtigkeit

Tübingen 1807

J.pract. 191
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554466-2